

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DU PRINCIPE

DE LA

Séparation de l'Administration active

ET DE LA

JURIDICITION ADMINISTRATIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

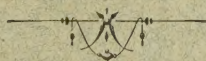
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le Mercredi 14 Février 1900, à deux heures

PAR

Marcel CARRIER

Avocat à la Cour d'Appel

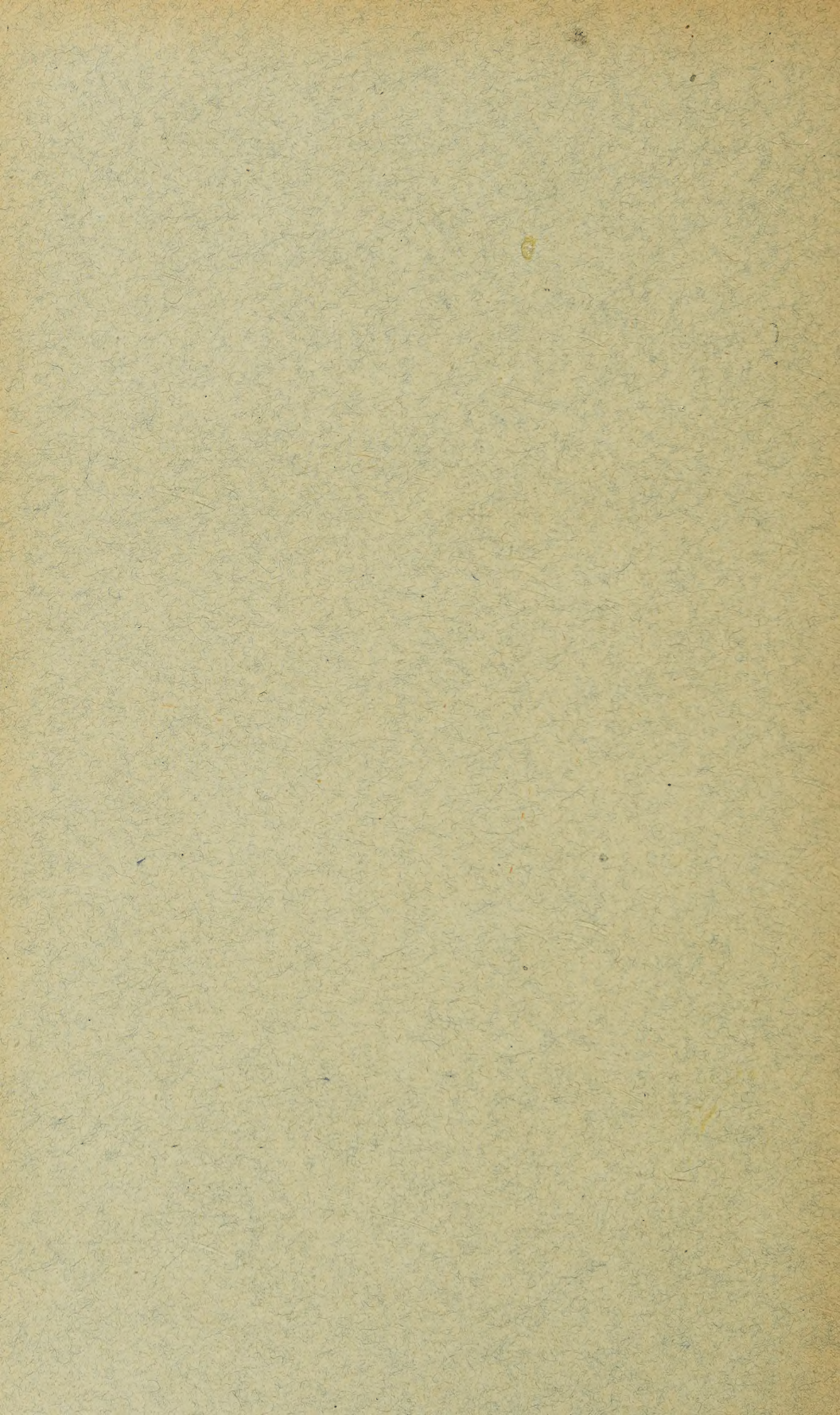


LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C^{ie} SUCCESSEURS

3, RUE STELLA, 3

—
1900



DU PRINCIPE

DE LA

Séparation de l'Administration active

ET DE LA

JURIDICTION ADMINISTRATIVE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DU PRINCIPLE

DE LA

Séparation de l'Administration active

ET DE LA

JURIDICTION ADMINISTRATIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

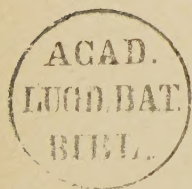
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le Mercredi 14 Février 1900, à deux heures

PAR

Marcel CARRIER

Avocat à la Cour d'Appel



LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C^{ie} SUCCESSIONS

3, RUE STELLA, 3

—
1900

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, O. ✱, I. 🌿, doyen, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. 🌿, professeur honoraire.

THALLER, I. 🌿, professeur honoraire.

GARRAUD, I. 🌿, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. 🌿, professeur de Droit romain.

FLURER, I. 🌿, professeur de Droit civil.

ROUGIER, I. 🌿, professeur d'Economie politique.

COHENDY, ✱, I. 🌿, professeur de Droit commercial.

PIC, A. 🌿, professeur de Droit international public.

BARTIN, I. 🌿, professeur de Droit civil.

SOUCHON, A. 🌿, professeur d'Histoire des Doctrines économiques, en mission.

APPLETON (Jean), A. 🌿, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, agrégé, chargé des cours d'Histoire du Droit.

BOUVIER, agrégé, chargé des cours de Science et de Législation financières.

LAMEIRE, agrégé, chargé du cours d'Histoire du Droit public.

JOSSERAND, agrégé, chargé du cours de Procédure civile.

BROUILHET, agrégé, chargé du cours d'Histoire des Doctrines économiques.

HUVELIN, agrégé, chargé du cours de Droit romain.

BECQ, A. 🌿, secrétaire.

JURY DE LA THESE

MM. APPLETON (Jean), A. 🌿, professeur, *président*;

BOUVIER, agrégé.

JOSSERAND, agrégé.

INTRODUCTION

Il est un grand principe qui avec celui de la souveraineté nationale fut une des sérieuses préoccupations des hommes de l'époque révolutionnaire, c'est celui de la séparation des pouvoirs.

La Révolution française, comme d'ailleurs aussi la Révolution américaine, s'est attachée à ce principe. Elle l'a considéré comme essentiel à toute organisation. L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen nous dit, en effet, que : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution. »

Invoquer le principe de la séparation des pouvoirs, c'est dire que les attributs de la souveraineté considérés comme vraiment distincts doivent être délégués par la nation à des titulaires divers et indépendants les uns des autres.

Nous ne voulons ici rechercher ni l'origine, ni la légitimité, ni la portée de ce principe. A tous ces points de vue des études ont été faites, toutes les conséquences de cette idée ont été retracées et nul ne peut aujourd'hui songer à en discuter l'opportunité.

Entendu au sens fonctionnel, dit M. J. Appleton (1), le principe de la séparation des pouvoirs signifie, que la souveraineté se manifeste par trois sortes d'actes : les actes législatifs, les actes exécutifs, les actes judiciaires. Ces trois pouvoirs, attributs de toute souveraineté, lorsqu'ils doivent s'exercer dans une société bien organisée et préparée à ce régime par son éducation politique, doivent être remis à des mains différentes. Ainsi seulement on peut efficacement garantir les libertés individuelles et protéger un pouvoir contre ses propres entraînements.

Lors de la mise en pratique de ce principe en France, c'est-à-dire durant la période révolutionnaire, dans nos constitutions de 1791 et de l'an III, il y eut bien dans l'Etat trois pouvoirs chargés exclusivement, l'un de légiférer, l'autre d'exécuter les décisions du législateur, le troisième de juger les différends de tous ordres ; aussi, lorsqu'on parle de séparation absolue des pouvoirs, ce sont ces constitutions qu'avec celles des Etats-Unis de l'Amérique du Nord on cite comme exemples.

Semblable organisation ne pouvait être durable.

La crainte de voir un des pouvoirs empiéter sur l'autre et se donner ainsi une supériorité incontestable, chose considérée à cette époque de trouble comme le plus grand danger, voilà ce à quoi ont obéi les hommes de la révolution.

« Si l'on considère le principe de la séparation des pouvoirs, ajoute le même auteur, non pas uniquement

(1) J. Appleton, *De la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, p. 1.

dans son sens fonctionnel, mais aussi au point de vue politique, on est bien obligé de tempérer les solutions radicales qu'un premier examen semble imposer. Un Etat, en effet, où les trois pouvoirs, les trois fonctions législative, exécutive, judiciaire seraient soigneusement séparées, constituant trois compartiments rigoureusement étanches, ne serait pas viable (1). » Nos révolutionnaires en séparant à l'extrême les trois pouvoirs, de peur de donner trop de puissance à l'un d'eux, agissaient à l'encontre de leur pensée. Un pouvoir s'immisçant dans le domaine propre d'un autre, chaque fois que ses services sont nécessaires, entrave l'essor naturel de ce pouvoir et finit par exercer sur lui une pression regrettable. Agir ainsi c'était favoriser l'empiètement d'un pouvoir sur les autres, c'était tuer ce que l'on engendrait.

Pour s'exercer, pour être fort, pour vivre, il faut que chaque pouvoir possède à l'égard des autres une large indépendance. Lorsque, pour remplir sa fonction spéciale, il aura besoin, accessoirement, de faire un acte qui rentre dans les attributs d'un autre pouvoir, il ne faut pas qu'il soit obligé de faire appel à ce dernier. Il est nécessaire qu'il puisse avec ses propres forces, avec sa propre compétence trouver la solution dont il a besoin.

Donc, chacun des trois pouvoirs doit être indépendant des autres et pour assurer cette indépendance chacun d'eux doit pouvoir exercer à l'occasion, dans une certaine mesure, les trois manifestations de la souveraineté.

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 3.

« Il faut, dit M. Haurion (1), dans l'Etat un certain nombre de pouvoirs politiquement indépendants et ayant les uns vis-à-vis des autres, des garanties d'indépendance ; et justement ces garanties d'indépendance existent, lorsque chacun des pouvoirs politiques cumule à un certain degré les diverses activités fonctionnelles. De sorte que c'est une garantie nécessaire d'indépendance pour le pouvoir législatif d'avoir une certaine activité exécutive et même, certaines attributions juridictionnelles ; et que c'est aussi une garantie nécessaire d'indépendance pour le pouvoir exécutif d'avoir une certaine part de la juridiction, de même que, par le pouvoir réglementaire, il a une certaine part de la législation. » En voyant sous cet aspect politique, qui d'ailleurs pratiquement est le plus important, le principe de la séparation des pouvoirs, on comprend l'existence et on voit le bien fondé d'une juridiction propre au pouvoir exécutif.

Nous avons dit précédemment que les hommes de la Révolution avaient conçu une séparation absolue des pouvoirs, que c'était, animés de cette idée, qu'ils avaient élaboré les différentes constitutions qui ont régi notre pays à cette époque et cependant nous trouvons dans ces mêmes constitutions l'idée mise en pratique d'une juridiction propre au pouvoir exécutif. Comment expliquer ce fait qui semble au premier abord nous montrer nos révolutionnaires se contredisant eux-mêmes ? Rien n'est plus simple. Ce qui nous

(1) Haurion, *Précis de droit administratif*, 3^e édit., p. 837.

semble contradictoire est au contraire la résultante d'un raisonnement rigoureusement exact et d'une logique des plus parfaites. Ne pas admettre une juridiction propre au pouvoir exécutif c'était mettre ce pouvoir sous la dépendance directe du pouvoir judiciaire, c'était permettre à ce dernier de s'immiscer à tout instant dans les rouages de l'exécutif.

Supposez qu'un acte quelconque de l'exécutif vienne léser un particulier dans ses droits : de ce fait naît un litige, qui donc en serait juge s'il n'existait pas au sein même du pouvoir exécutif une juridiction ? Le pouvoir judiciaire seul serait compétent pour trancher le différend, et que deviendrait alors le principe de la séparation des pouvoirs ? Il serait à notre avis bien gravement atteint. Voilà pourquoi, bien que convaincus que juger doit être uniquement l'attribut du pouvoir judiciaire nos révolutionnaires ont admis une juridiction propre au pouvoir exécutif donnant ainsi jour à un nouveau principe, celui de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Ainsi, lorsque dans le cours de ses opérations propres, le pouvoir exécutif rencontrera une résistance, verra s'élever un conflit entre son intérêt c'est-à-dire l'intérêt général et celui d'un particulier ou d'une collectivité, il aura le droit de trancher la difficulté sans faire appel au pouvoir judiciaire, en jugeant lui-même ce litige.

Cette juridiction distincte et séparée du pouvoir judiciaire ayant une existence propre, on est convenu de l'appeler la juridiction administrative, parce que l'organisme qu'elle sert, « cet organisme à l'aide duquel

les gouvernements s'appliquent à réaliser la sécurité, la justice, la protection, les encouragements et les autres bienfaits qui constituent la raison d'être de tout Etat civilisé, s'appelle l'Administration (1). »

L'Administration, c'est cette organisation qui applique, sous la direction du Gouvernement, les lois formulées par le législateur dans l'intérêt de l'Etat et des citoyens.

Tous les litiges qui s'élèvent entre ce corps organisé et les particuliers, c'est là ce qui constitue le contentieux administratif. « Il comprend, dit M. Laferrière l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur la loi, et qui ont pour objet, soit une acte de puissance publique émané de l'administration soit un acte de gestion des services publics déferé à la juridiction administrative par des dispositions de lois générales ou spéciales (2). »

Comme on le voit, c'est donc à juste titre que l'autorité administrative se déclare juge du contentieux administratif.

De très bonne heure, à cause de la hiérarchie qui existe dans l'administration, les administrés eurent la pensée d'en appeler à l'autorité supérieure lorsqu'ils se croyaient lésés par les décisions d'un fonctionnaire d'un rang moins élevé. Dans les affaires purement gracieuses, la décision a été abandonnée à l'appréciation

(1) Maurice Block, *Dictionnaire de l'Adm. française. V. Administration.*)

(2) Laferrière, *Traité de la Jurid. adm.*, chap. I.)

de l'administration. Cet appel ou ce recours de la part de l'administré au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte qui le lèse est, en effet, le seul rationnel, le seul possible. Mais peut-il en être ainsi lorsqu'il s'agit d'affaires contentieuses ? Non, assurément. Les affaires contentieuses ne comprennent que des faits où un droit privé a été méconnu, où la propriété particulière est engagée, où il s'agit, non d'accorder une faveur, mais de préserver un droit, de faire justice, l'administrateur ne doit pas en être le juge.

A l'époque de la Révolution aucune distinction ne fut établie tout d'abord entre ces deux sortes d'affaires. Qu'elles aient un caractère contentieux ou non leur sort était le même. A ceux qui se trouvaient au sommet de la hiérarchie administrative était attribué le droit de trancher tous les différends, de juger tous les litiges. Mais la raison publique ne pouvait se contenter longtemps d'un pareil état de choses. Il lui fallait autre chose que le supérieur hiérarchique pour donner une solution à des litiges, ayant pour cause un droit méconnu. Il lui fallait des Tribunaux pour juger le contentieux administratif et des Tribunaux spéciaux, formant une juridiction à part répondant à des besoins particuliers et animée d'un esprit spécial.

Les juridictions administratives sont très nombreuses, mais la compétence de la plupart est bornée aux contestations qui s'élèvent à propos d'un service spécial, tels sont les Tribunaux universitaires ; les Conseils de recensement ou de revision en matière de recrutement ; le Conseil des prises, la Cour des comptes. A côté de ces Tribunaux auxquels nous pourrions donner

le nom de juridiction d'exception nous trouvons les Conseils de Préfecture et le Conseil d'Etat.

Les Conseils de Préfecture qui n'ont point en matière administrative une compétence générale et qui ne peuvent juger que les affaires dont un texte de loi leur a attribué la connaissance.

Le Conseil d'Etat, qui au contraire est juge de droit commun du contentieux administratif, et qui, comme le dit M. Laferrière dans son admirable *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux*, « est un Tribunal supérieur et souverain qui connaît de l'ensemble du contentieux administratif soit comme juge de premier et dernier ressort soit comme juge d'appel soit comme juge de cassation. »

Nous avons donc aujourd'hui toute une organisation de tribunaux administratifs qui sont venus disputer aux chefs de l'administration, c'est-à-dire aux sous-préfets, préfets et surtout aux ministres, la compétence qu'ils avaient en matière administrative contentieuse.

Comme nous l'avons dit plus haut, c'était à ceux qui se trouvaient au sommet de la hiérarchie administrative qu'était attribué le droit de trancher tous les différends, de juger tous les litiges. Les Tribunaux administratifs sont nés. Une lutte s'est engagée entre eux et l'autorité administrative qui, à tort, s'était érigée en juge du contentieux administratif.

Comme nous le verrons dans le cours de nos développements dans tous les pays où le pouvoir exécutif

(1) Laferrière, *Op. cit.* L, II, p. 305.

possèdera sa juridiction propre, nous trouverons l'autorité administrative en lutte avec des Tribunaux spéciaux propres aux différends administratifs, et partout nous verrons, par une évolution plus ou moins rapide, ces Tribunaux prendre de l'importance, c'est-à-dire marcher toujours en avant, remportant sans cesse des victoires et quelques-uns touchant au triomphe final. Il semble dès aujourd'hui que la lutte doit se terminer à leur avantage; le jour, peut-être proche, de cette victoire ce sera la proclamation du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

Dire que l'autorité administrative est juge du contentieux administratif c'est en effet lui donner une attribution accessoire qui a pour résultat de porter une grave atteinte à l'intérêt privé des justiciables et de compromettre les droits individuels. N'est-ce point un danger réel, un danger contre lequel il faut à tout prix se garder? Donner à des hommes le droit d'être juges d'un litige dans lequel leurs actes ou ceux de leurs subordonnés sont en cause n'est ce point les mettre dans une situation qui peut être nuisible à tous?

Administrer et juger sont et doivent être deux choses différentes: chacune de ces fonctions demande des aptitudes, des connaissances, une expérience spéciales. Les habitudes d'esprit d'un administrateur ne sont pas celles qu'on peut souhaiter chez un juge.

Administrer, c'est établir des règlements généraux ou spéciaux considérés comme complément nécessaire d'une loi, c'est prescrire des mesures générales obligatoires, soit pour la totalité des citoyens, soit seulement

pour une classe d'entre eux, et en surveiller l'exécution. Administrer, c'est encore autoriser la création de certains établissements publics ou privés et exercer une tutelle légale sur les uns et un contrôle d'ordre public sur les autres, c'est aussi faire les recensements, préparer les listes de recrutement des électeurs, des jurés, faire cesser tout ce qui est contraire aux lois, aux règlements aux intérêts généraux ou particuliers, à la morale ou à la sécurité publique ; c'est gérer la fortune publique, diriger la répartition des impôts, etc., etc... Voilà ce que c'est qu'administrer. Par cette énumération des principales attributions de l'administration, il est aisé de voir la profonde différence qui existe entre l'action d'administrer et celle de juger. L'administration vit de concessions, de transactions ; or on ne peut juger sainement qu'à la condition d'appliquer strictement le droit sans concessions. Il faut donc conclure de cette différence profonde qui existe entre ces deux fonctions, administratives et judiciaires, que donner à une même personne le pouvoir de les remplir toutes deux est chose regrettable, au point de vue de la méthode et de l'application du principe de la division du travail.

Et, en effet, pourquoi n'admettrait-on pas ici le bien fondé de ce grand principe de la division du travail que nous trouvons aujourd'hui à la base de l'Economie politique, et qu'on regarde même avec raison, depuis Adam Smith, comme le fondement de la société humaine. La division du travail, non telle que nous la concevons aujourd'hui, mais en tant que principe, a existé de tout temps dans l'humanité d'une manière inégale, c'est vrai, la spécialisation des tâches n'étant

parfois que temporaire et non pas permanente, souvent aussi n'étant pas poussée loin, et laissant encore à chacun un ensemble de travaux assez divers.

La seule idée de la division du travail a eu pour conséquence forcée la séparation des professions. C'est bien le principe sur lequel nous pouvons nous appuyer pour proclamer la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative. Cette séparation des professions est bien une division du travail dans l'humanité, c'est une de ses étapes, chaque homme s'adonnant, en général, à une occupation permanente déterminée, chacun ne pratiquant que son art. Comme le dit Ferguson, dans son livre intitulé, *Essay on the History of Civil Society* paru en 1767, il est évident que quelque stimulé qu'on soit par le sentiment de la nécessité ou par le désir d'atteindre à une meilleure organisation, ou par les avantages de la situation, aucun peuple ne peut faire de grands progrès dans la culture des arts de la vie, tant qu'il n'aura pas séparé et confié à des individus différents, les diverses tâches qui exigent une habileté et une attention particulières.»

Ce principe de la division du travail dont on se plaît à reconnaître en Économie politique la bienfaisante influence, puisqu'il permet à l'habileté professionnelle de se développer, qu'il épargne les pertes de temps, qu'il permet d'employer chacun suivant ses facultés, pourquoi n'en transporterions-nous pas l'idée maîtresse dans le domaine où nous sommes? Pourquoi ne l'invoquerions-nous pas à l'appui de notre thèse? Pourquoi, enfin, puisqu'il apporte en Économie politique des perfectionnements indiscutables, ne nous permettrait-il

pas d'assurer un perfectionnement certain dans le travail du juge ou de l'administrateur ; il servirait ainsi de garantie efficace à la liberté de tous et aux intérêts de chacun.

En nous basant sur ce principe, nous pouvons dire qu'administrer et juger étant choses différentes, étant des fonctions spéciales, à chacune de ces fonctions, il faut un organe spécial : Que l'administrateur administre et que le juge, juge. Telle est en invoquant le principe de la division du travail, la solution que nous sommes amenés à admettre et à proclamer.

Le principe de la division du travail à lui seul, justifierait presque la séparation donc il est question, mais bien d'autres considérations viennent renforcer notre raisonnement et en faire comprendre le bien fondé.

Pour juger, il faut être indépendant ; le juge doit être désintéressé (1) dans le litige qu'il a à trancher. Son impartialité en dépend. En effet, s'il n'en était pas ainsi, l'intérêt, si minime soit-il, qu'il aurait dans l'affaire, ferait qu'involontairement peut-être, mais à coup sûr la balance pencherait au mieux de ses intérêts. On ne peut pas être à la fois juge et partie dans la même affaire. Or, l'administrateur juge n'échappe pas à ce reproche : représentant de l'administration, il est juge entre elle et les particuliers. Assurément, sans pour cela douter de sa bonne foi ni de sa loyauté, il ne peut pas être impartial. Se trouve-t-il dans des conditions d'impartialité suffisantes pour apprécier sainement, au point de

(1) J. Appleton, *De la sépar. adm. act. et de la jur. adm.*, p. 3.

vue de la seule justice, ses propres actes et les actes de ses subordonnés? Certainement non. En jugeant ces actes auxquels souvent sinon dans la plupart des cas, il aura donné son approbation, comment ne peut-il pas être tenté de méconnaître les droits des particuliers? Croyant n'avoir exécuté un projet conçu par lui qu'après de longues réflexions, qu'après en avoir étudié toutes les conséquences, il peut ne pas vouloir se rendre à l'évidence, ne pas comprendre qu'il a lésé des intérêts particuliers en servant l'intérêt public et rendre un jugement portant une grave atteinte au droit de son adversaire. En servant l'intérêt public il lèse le droit des particuliers.

Voilà donc encore une raison qui nous oblige, pour satisfaire à la fois, et l'intérêt public et l'intérêt des particuliers, à admettre le principe que nous avons énoncé, c'est-à-dire à séparer l'administration active et la juridiction administrative.

D'ailleurs, c'est là la solution du problème paraissant tout d'abord insoluble dont les deux termes, l'intérêt public et l'intérêt des particuliers tendent à une compréhension différente du principe de la séparation des pouvoirs (1).

En effet, l'intérêt public exige l'application du principe de la séparation des pouvoirs dans son sens politique, c'est-à-dire qu'il exige que chacun des pouvoirs de l'Etat soit indépendant des autres, que chacun d'eux puisse exercer, à l'occasion, dans une certaine mesure, les trois manifestations de la souveraineté.

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 3.

L'intérêt des particuliers, au contraire, exige l'application du principe de la séparation des pouvoirs dans son sens fonctionnel, ce qui revient à dire, que pour que l'intérêt des particuliers soit sauvegardé, il devrait y avoir dans l'Etat trois pouvoirs chargés exclusivement : l'un de légiférer, l'autre d'exécuter les décisions du législateur, le troisième de juger les différends de tous ordres.

Cette antinomie, paraissant au premier abord insoluble s'efface, disparaît devant le principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

Que veut l'intérêt public? Que le pouvoir exécutif renferme en lui-même les trois manifestations de la souveraineté, en ce qui nous touche, qu'il ait un pouvoir juridictionnel. Les Tribunaux administratifs absolument distincts des tribunaux au service du pouvoir judiciaire, appartenant au pouvoir exécutif et dépendant de lui seul, ne remplissent-ils pas le rôle nécessaire à la satisfaction de l'intérêt public? Oui assurément. Sans doute pour satisfaire seulement cet intérêt, une organisation aussi complexe que celle des Tribunaux administratifs n'eût pas été nécessaire. En donnant aux membres du pouvoir exécutif, aux administrateurs le droit de juger, on lui aurait donné entière satisfaction, mais pour cela il fallait ne pas compter avec l'intérêt des particuliers.

Que veut donc l'intérêt des particuliers? Que les trois pouvoirs de l'Etat soient complètement séparés, c'est-à-dire, par exemple, qu'il ne soit pas permis à un détenteur d'une parcelle du pouvoir exécutif de légiférer, ni de juger.

Pour satisfaire cet intérêt, nous ne pouvons donc plus penser à permettre à un administrateur de faire acte de juge mais nous pouvons permettre de créer au sein du pouvoir exécutif, des Tribunaux composés de personnes au service de ce pouvoir, mais n'en détenant aucun des attributs.

Nous donnons ainsi entière satisfaction à l'intérêt des particuliers et à l'intérêt public, d'une part, en ne donnant qu'à des juges, le droit de connaître du contentieux de l'administration et d'autre part, on ne confiant qu'à des juges administratifs le soin de trancher semblables différends.

Cette solution est celle qui a été adoptée en France. Le problème que nous énoncions tout à l'heure, après une lente évolution, est aujourd'hui presque résolu. « Le principe fonctionnel de la séparation des pouvoirs s'est reconstitué peu à peu au sein même de l'autorité administrative. Le contentieux administratif, primitivement remis aux administrateurs actifs, est aujourd'hui confié à des corps indépendants; Conseil de Préfecture, Conseil d'Etat et les administrateurs proprement dits n'exercent plus, sauf de rares exceptions, aucune fonction judiciaire; de sorte qu'aujourd'hui la juridiction administrative offre aux particuliers des garanties sérieuses, de justice impartiale et éclairée, sans pour cela être séparée de l'administration proprement dite au point de former un corps à part, dont l'immixtion dans les affaires publiques, puisse entraver la marche des services d'Etat (1). »

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 4.

Cependant, et il faut le remarquer dès à présent, l'administrateur, par la nature même de ses fonctions, est obligé d'exercer dans beaucoup de cas une sorte d'arbitrage de fait et de droit, sans lequel son action risquerait d'être paralysée par toutes les oppositions qu'elle pourrait rencontrer. Il ne faut pas oublier, en effet, que le fait d'administrer, implique forcément le droit de décider. D'autre part, le droit de décision inhérent à la fonction administrative et la force exécutoire qui y est attachée ne doivent pas, en bonne justice s'imposer aux citoyens sans que ceux-ci puissent le contester devant une autorité plus désintéressée, plus accessible à des débats juridiques contradictoires. L'autorité qui doit ainsi être juge des décisions administratives dans notre organisation, c'est la juridiction administrative.

Comme nous l'avons dit, ce n'est qu'après une lente évolution, que l'on est arrivé en France à séparer l'administration active des Tribunaux administratifs. Suivre cette évolution, en retracer avec soin les différentes périodes, c'est là le but que nous nous proposons.

Avant d'aborder l'histoire de ce principe en France, c'est-à-dire un peu l'histoire de notre Conseil d'Etat, qui a joué ici un rôle d'une importance capitale, nous jetterons un coup d'œil sur ce qui a été fait à ce sujet dans les législations étrangères ; après quoi nous essaierons de donner un aperçu exact de l'état actuel de la jurisprudence de notre Tribunal administratif supérieur. Enfin, avant de conclure, nous rechercherons les progrès qui restent encore à réaliser pour arriver à l'application rigoureusement absolue du principe qui fait l'objet de cette étude.

CHAPITRE PREMIER

Le principe de la séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative dans les législa- tions étrangères.

NOTIONS GÉNÉRALES

On est souvent tenté de croire que les pays où existe une séparation absolue entre l'administration d'une part et l'autorité judiciaire d'autre part, c'est-à-dire les pays où il n'existe au sein de l'administration aucune juridiction, sont ceux où les intérêts privés sont les mieux sauvegardés, les mieux protégés contre l'arbitraire du pouvoir. C'est là une bien grave erreur (1). Contrairement à l'axiôme des transformistes qui, en physiologie disent que la fonction fait l'organe, en notre matière nous pourrions dire que l'organe fait la fonction : en effet, l'absence de juridiction administrative a pour conséquence inévitable la restriction du conten-

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 4.

tieux administratif. En créant des Tribunaux administratifs dans un pays où il n'en existe pas, non seulement on ne compromet pas les droits des particuliers mais on les sauvegarde au contraire en permettant aux citoyens de soumettre à des juges présentant de sérieuses garanties d'indépendance et d'impartialité, une série de litiges autrefois souverainement tranchés par l'arbitraire de l'administration active, et non par les Tribunaux judiciaires.

D'ailleurs la doctrine de la séparation des pouvoirs en se répandant et en se consolidant dans la plupart des pays a fait sentir la nécessité de bien distinguer le domaine administratif du domaine judiciaire. Ces deux domaines ont été assez longtemps confondus sinon théoriquement, du moins en fait, tantôt les juges empiétaient sur l'administration, tantôt et plus souvent peut-être les administrateurs empiétaient sur la justice. C'était le contentieux administratif à cause de sa nature mixte qui donnait habituellement lieu à confusion.

Généralement cependant les affaires de cette nature étaient réglées par l'administration qui ainsi était juge dans sa propre cause. La création des Tribunaux administratifs chargés de juger le contentieux qui se rattache aux intérêts généraux ou aux services publics, doit donc être considérée comme un réel progrès. L'absence de juridiction administrative a pour conséquence ordinaire l'accroissement du nombre des actes discrétionnaires échappant à tout recours contentieux, tandis qu'au contraire l'existence de cette juridiction le diminue. Il en résulte que, chaque fois que nous verrons dans une législation étrangère une décision tendant à la création

de Tribunaux administratifs, nous pourrions enregistrer le fait comme un progrès et y voir un acheminement vers la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

Sans vouloir faire ici l'historique de l'organisation de la juridiction administrative, dans les législations étrangères, nous rechercherons avec soin les faits qui nous ont paru témoigner à l'étranger d'un remarquable mouvement d'idées en faveur du principe que nous avons énoncé.

M. Laferrière, malgré la grande diversité que présentent les législations étrangères et la difficulté qu'il y a, en cette matière de faire un exposé méthodique, a cependant coordonné les systèmes en vigueur dans les différents Etats et les a ramenés à quelques types principaux (1).

Il a placé dans un premier groupe les Etats qui se rapprochent le plus du système français et où dominent les mêmes éléments. En Espagne, en Portugal, en Italie, dans l'empire d'Allemagne et dans les principaux Etats qui le composent, tels que la Prusse, la Bavière, le Wurtemberg, le Grand-Duché de Bade, dans l'empire Austro-Hongrois et quelques cantons de la Suisse, nous trouvons comme en France le principe de la séparation des pouvoirs, une organisation des Tribunaux administratifs et la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Dans un second groupe, il a placé les Etats où il

(1) Laferrière, *Op. cit.*, chap. II.

n'existe pas de Tribunaux administratifs mais où cependant la fonction administrative demeure distincte et séparée de la fonction judiciaire. Dans ces Etats, les Tribunaux ordinaires sont compétents pour statuer sur toutes les réclamations ayant le caractère d'actions contentieuses, mais ces mêmes Tribunaux ne peuvent s'immiscer dans les attributions de l'administration active ni prononcer l'annulation de ses actes. Nous trouvons classés dans ce groupe : la Belgique, la Suède et la Norvège, le Danemark, la Grèce, la plupart des cantons de la Suisse et quelques Etats secondaires de l'Empire de l'Allemagne.

Enfin, il y a un troisième et dernier groupe dans la classification de M. Laferrière, qui comprend l'Angleterre et les Etats-Unis d'Amérique, dont le système est complètement différent des systèmes en vigueur dans les Etats de l'Europe continentale. Ici, pas de juridiction administrative, les Tribunaux judiciaires ont plénitude de juridiction ; ils l'exercent non seulement comme les Tribunaux judiciaires des Etats du second groupe, sur les réclamations ayant le caractère d'actions contentieuses, mais encore sur la fonction administrative elle-même. Les Tribunaux judiciaires de l'Angleterre, comme ceux des Etats-Unis peuvent annuler les actes de l'administration et adresser aux administrateurs des injonctions et des défenses auxquels ceux-ci doivent obéir, sous peine d'encourir des condamnations pénales.

Telle est la classification de M. Laferrière, classification suivie, d'ailleurs, par la plupart des auteurs qui ont écrit sur ce sujet, par M. Charrier, par exemple, dans son ouvrage sur la théorie générale de la juridic-

tion administrative, c'est aussi celle que nous suivrons ici.

PREMIER GROUPE

I. — ESPAGNE.

Le principe de la séparation des pouvoirs n'a jamais été formulé aussi nettement en Espagne qu'il ne l'a été en France dans les lois de la Constituante et de la Convention, mais il n'en existe pas moins. Il nous suffira, pour le prouver, de citer ici un passage du *Traité de Droit administratif*, publié à Madrid en 1865, par M. Colmeiro (1) : « Le principe fondamental, dit-il, de la séparation et de la mutuelle indépendance des pouvoirs constitutionnels exige l'institution de la justice administrative. Si l'administration n'avait pas le pouvoir d'interpréter elle-même ses actes, de statuer sur les réclamations que suscitent les mesures qu'elle prend, de résoudre les doutes et les difficultés relatives à leur exécution si elle ne pouvait pas écarter les obstacles mis à sa marche par un intérêt légitime ou par les réclamations d'un tiers, sa liberté d'action n'existerait plus et sans cette liberté on ne pourrait lui imposer aucune responsabilité politique ou morale. C'est sur ces prin-

(1) *Derecho administrativo español*, par don Manuel Colmeiro, chef de l'Administ. civile et professeur à l'Université de Madrid, 1865, tome II, page 338.

cipes constitutionnels que se fonde la prérogative inhérente à la Couronne de statuer sur les conflits de compétence qui s'élèvent entre les autorités administratives et judiciaires et que se fonde aussi le droit de juger définitivement et en dernier ressort toutes les questions contentieuses de l'administration. »

Dans ces quelques lignes du Traité de M. Colmeiro, nous voyons affirmer en Espagne l'existence du principe de la séparation des pouvoirs, de même que l'existence en 1865 des Tribunaux administratifs, la Couronne se réservant le droit de trancher les différends pouvant s'élever entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire remplissant, par conséquent, le rôle attribué aujourd'hui en France au Tribunal des conflits.

Nous ne voulons point entrer dans le détail de l'organisation de la justice administrative en Espagne à cette époque, nous nous contenterons de rechercher dans cette législation les faits qui, directement ou indirectement, peuvent être considérés comme un acheminement vers la séparation des fonctions d'administrateur et de juge administratif.

L'état de choses existant depuis le commencement du siècle et qui est retracé dans le Traité dont nous parlions tout à l'heure, a été profondément modifié par la Révolution de 1868. La chute de la reine Isabelle désorganisa tout le royaume d'Espagne. De l'organisation ancienne le Gouvernement provisoire ne voulut rien garder. Lorsque les Cortès eurent voté le rétablissement de la monarchie et que l'Espagne, après le refus du prince Léopold de Hohenzollern, eut pour roi Amédée I^{er} de Savoie, il y eut de nombreuses tentatives de réorga-

nisation. Mais le roi fut impuissant à rallier les partis dans un pays si divisé et ne put aboutir à aucun résultat sérieux. C'est seulement en 1875, lors de l'arrivée au trône d'Espagne d'Alphonse XII, fils d'Isabelle, que ce pays se réorganise. Les anciennes institutions renaissent et avec elles, nécessairement, les principes qui les avaient engendrées. En 1868 les Tribunaux administratifs avaient été supprimés; par le décret-loi du 27 janvier 1875 la juridiction administrative est confiée en premier ressort aux *Commissions provinciales* et en appel à un *Conseil d'Etat* qui, comme le nôtre, peut être juge unique pour certaines contestations portées directement devant lui.

Les Commissions provinciales, Tribunaux administratifs de premier ressort, ne sont point analogues à nos Conseils de préfecture par leur composition. Elles se rapprochent beaucoup plus de nos Commissions départementales. Comme elles, leurs membres sont pris au sein d'une assemblée élective. De même que nos Commissions départementales en France sont composées de membres des Conseils généraux, de même les Commissions provinciales en Espagne étaient, en 1875, composées de membres des députations provinciales, assemblées électives concourant avec les gouverneurs à l'administration des provinces.

Toutes les décisions des Commissions provinciales relevaient du Conseil d'Etat, soit en appel, soit par un recours en cassation fondé, par exemple, sur l'incompétence de la juridiction administrative ou sur une violation expresse de la loi ou des règlements.

Le Conseil d'Etat espagnol de 1875 ne ressemble à

notre Tribunal supérieur administratif que par le nom qu'il porte. Sans doute, il exerçait la juridiction administrative supérieure, mais non en vertu d'un droit de juridiction propre. Ce n'était qu'un organe du chef de l'Etat, exerçant sa Justice retenue au moyen de décrets royaux délibérés en Conseil. En théorie, donc, dans la législation de 1875, en Espagne, il n'existait aucune séparation de l'administration active et des Tribunaux administratifs. Cependant, en pratique, l'idée de séparation commençait à naître, car le droit qui appartenait au Gouvernement de ne pas ratifier les décisions du Conseil, n'était jamais exercé. On avait, d'ailleurs, entouré l'exercice de ce droit de si nombreuses formalités qu'il eût fallu une circonstance bien grave pour qu'on le mît en pratique. Non seulement, le Gouvernement ne pouvait en user que dans le délai d'un mois à dater de la réception de la délibération du Conseil d'Etat, mais encore sa décision devait être prise sous la forme d'un décret motivé, délibéré en Conseil des ministres, contresigné par le président du Conseil et publié dans la *Gazette de Madrid*.

Le décret-loi du 27 janvier 1875 attribuait donc la connaissance du contentieux administratif à des Tribunaux spécialement créés à cet effet : Commissions provinciales et Conseil d'Etat.

C'est là un fait que nous ne pouvions passer sous silence. Sans doute ces Tribunaux ne sont ni composés, ni organisés de façon à nous satisfaire. Les membres des Commissions provinciales sont des administrateurs actifs et ceux du Conseil d'Etat sont pour la plupart des conseillers du roi contribuant à l'élaboration des décrets

royaux. Ce sont des hommes qui ne jouissent ni de la liberté, ni de l'indépendance nécessaires, à notre avis, à tout juge. Mais cependant, parmi eux, tout au moins en ce qui concerne les membres du Conseil d'Etat, nous trouvons de véritables juges. Ce Tribunal n'était pas, en effet, composé uniquement d'administrateurs actifs. N'est-ce pas là une trace de l'idée de séparation que nous avons pour but de rechercher? Et de plus, les Commissions provinciales et le Conseil d'Etat de 1875 ne sont-ils pas les précurseurs des véritables Tribunaux administratifs qu'a créés la loi du 14 septembre 1888. C'est à ce double titre que nous devons en faire mention.

La loi du 14 septembre 1888 a diminué la confusion qui existait auparavant entre l'administration active et les Tribunaux administratifs; aux deux degrés elle a institué de véritables Tribunaux administratifs, distincts de l'administration proprement dite.

En premier ressort, la connaissance des affaires administratives fut confiée à des Tribunaux auxquels on donne le nom de Tribunaux du Contentieux administratif (Tribunales de lo contencioso administrativo). Les Commissions provinciales n'ont plus aucune compétence en cette matière, leurs attributions juridictionnelles disparaissent.

Au-dessus des Tribunaux du Contentieux administratif, la loi de 1888 institue un Tribunal d'appel auquel elle donne le nom de Tribunal supérieur du Contentieux administratif.

La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative est bien établie par cette loi

de 1888 en ce qui touche les Tribunaux du Contentieux administratif, c'est-à-dire les Tribunaux de première instance puisqu'elle les rend complètement indépendants des Commissions provinciales. Mais il n'en est pas de même en ce qui touche le Tribunal supérieur du Contentieux administratif.

Sans doute les membres de ce Tribunal ne peuvent plus être considérés de même que sous l'empire du décret-loi du 27 janvier 1875 comme des administrateurs actifs, car s'il en était ainsi l'administration ne prendrait pas le soin de se faire représenter à l'audience par un commissaire du gouvernement (fiscal) assisté d'un substitut et de six avocats fiscaux (abogados fiscales)(1). Sans doute, il faut reconnaître qu'en présence de semblable organisation on découvre de la part du législateur espagnol un souci scrupuleux de l'intérêt des justiciables : l'inamovibilité des membres de ce Tribunal supérieur, l'abandon à eux fait d'un pouvoir propre de juridiction sont, en même temps que des garanties de bonne et impartiale justice, de sages réformes qui conduiront le législateur à la séparation absolue des fonctions de juge et d'administrateur actif.

Mais aujourd'hui cette séparation n'existe point encore, la loi de 1888 est bien loin d'être parfaite à notre point de vue.

Que le Tribunal supérieur espagnol fasse partie intégrante du Conseil d'Etat de même que notre section du contentieux ce n'est point là un défaut, mais que ses membres fassent partie de l'Assemblée plénière du

(1) Loi du 14 septembre 1888. titre II, chap. IV, art. 19 à 25).

Conseil d'Etat lorsqu'elle a à délibérer soit sur des conflits de compétence entre autorités administratives et judiciaires, soit sur des règlements et instructions générales pour l'exécution des lois c'est là à notre avis le vice fondamental de cette organisation. De juges qu'ils devraient être, les membres du Tribunal supérieur, assistant avec voix délibérative à l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat, deviennent des administrateurs, ils cumulent les deux fonctions que nous voudrions au contraire voir confier à des individualités différentes.

Voilà en quoi l'organisation du Tribunal supérieur administratif espagnol ne donne pas satisfaction au principe dont nous recherchons l'évolution.

Cependant les progrès réalisés par la législation de 1888 sur celle de 1875 peuvent nous permettre d'assurer que l'évolution suivra son cours et que tôt ou tard les membres du Tribunal supérieur du Contentieux administratif se verront enlever le titre de conseillers d'Etat et ne pourront plus prendre part aux délibérations de ce corps administratif et gouvernemental, dont ils jugeront les actes avec plus de liberté si ce n'est même avec plus d'équité puisqu'ils ne seront plus obligés de participer à l'élaboration de quelques-uns d'entre eux.

Rendre les juges d'appel indépendants de l'administration active comme la majorité des juges de première instance, c'est-à-dire comme la plupart des membres des Tribunaux du Contentieux administratif en Espagne c'est la réforme qui s'impose. La composition de ces derniers Tribunaux assure en effet la prépondérance dans leur sein à l'élément judiciaire (1).

(1) Laferrière, chap. II, section I, p. 34.

C'est donc une séparation réelle mais imparfaite des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif, c'est-à-dire une tendance marquée à admettre le principe même de cette séparation que nous permettent d'enregistrer nos recherches dans la législation espagnole.

II. — PORTUGAL.

Les divers Tribunaux administratifs du Portugal, sont les mêmes qu'en France : dans chaque district ou département est établi un Tribunal (*conselho de districto*) dont l'organisation et la compétence ressemblent beaucoup à celles de nos Conseils de préfecture.

Il est composé du gouverneur de district qui remplit les fonctions de président et de quatre membres rétribués choisis pour quatre ans et pouvant être réélus. Ces membres sont nommés par le gouvernement comme nos conseillers de préfecture mais sur une liste de présentation dressée par la junte (*Assemblée* qui est élue par le district). Cette liste comprend trois fois autant de candidats qu'il y a de places vacantes ; deux membres doivent être bacheliers en droit.

Ces Tribunaux administratifs portugais sont comme nos Conseils de préfecture présidés par le représentant du gouvernement dans le département : en Portugal le gouverneur ; en France, le préfet. Mais comme en France c'est un corps spécial ayant une fonction propre, celle de juger les différends administratifs, et distinct de l'administration active.

L'appel des décisions de ce Tribunal est porté devant le Conseil d'Etat ou Tribunal administratif supérieur que

l'on peut comparer au Tribunal supérieur du Contentieux administratif d'Espagne, dont nous avons retracé les caractères principaux. Même organisation, mêmes défauts, d'ailleurs ces deux pays voisins suivent au point de vue qui nous occupe la même évolution, il est donc inutile de nous y arrêter plus longuement.

III. — ITALIE.

Ce qui tout d'abord ressort d'un examen sérieux de l'histoire de la juridiction administrative en Italie c'est la préoccupation chez le législateur de ce royaume de donner à des juges la connaissance de tout litige quel qu'il soit. De là les vicissitudes par lesquelles ont passé les Tribunaux administratifs italiens depuis leur création en 1860, de là la disparition de la juridiction administrative en 1865 ; de là aussi, bien que cela semble contradictoire, son rétablissement en 1890. Suivre les méandres du courant d'idées auquel sont dues ces réformes c'est voir évoluer le principe de la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif.

Cavour, en 1860, à la formation du royaume d'Italie, adopta le système de juridiction administrative existant en Sardaigne, et qui n'était autre que notre système français de 1852.

Il y eut, par conséquent, au chef-lieu de chaque province, un Conseil de préfecture, dont les décisions pouvaient être portées en appel devant un Conseil d'Etat.

Ce Conseil, dont l'organisation était conforme à celle de notre Conseil d'Etat du second Empire, n'était autre

chose que le Conseil du chef de l'Etat. Aussi le Parlement italien, ne songeant qu'à faire prévaloir les principes libéraux qui l'animaient et ne voyant dans la juridiction administrative d'alors que la réapparition de la justice retenue, considéra l'abolition de celle-ci comme une conséquence forcée, nécessaire de l'application de ses principes. Et l'on voit poindre ici une préoccupation qui se rapproche tellement de l'idée maîtresse de notre principe qu'il est permis de la confondre avec elle. Que désire le législateur italien? Abolir la juridiction administrative. Oui, assurément, mais dans quel but? Il veut l'abolir pour faire disparaître les traces d'une justice retenue, pour empêcher le roi et ses subordonnés, l'administration active en un mot, de faire acte de juge.

Les lois de 1865 sont là pour renforcer notre dire. Sans doute, l'une d'elles supprime, en principe, la juridiction administrative; son article premier nous le dit assez clairement pour qu'il ne paraisse pas y avoir d'équivoque. Il confère, en effet, aux Tribunaux judiciaires la connaissance du contentieux administratif, mais est-ce à dire qu'après la promulgation de ces lois de 1865 il n'y eut plus aucune juridiction administrative en Italie. Non, certes, chaque province a encore un Conseil de préfecture, les Tribunaux administratifs d'exception existent toujours. Le Conseil d'Etat seul a disparu en tant que Tribunal administratif et les Tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître du contentieux de l'administration.

Cette réforme de 1865 fut loin d'avoir des résultats heureux. Elle n'eût que de fâcheuses conséquences au

point de vue spécial où nous nous plaçons. La juridiction administrative entraîna avec elle le contentieux administratif et l'on s'aperçut bientôt que la législation nouvelle bien loin de restreindre les pouvoirs des administrateurs n'avait fait que les accroître et qu'elle avait diminué les garanties que l'on avait eu pour but d'assurer aux administrés au lieu de les augmenter. On était allé trop loin en attribuant aux Tribunaux judiciaires la connaissance du contentieux administratif et on avait abouti à un résultat tellement contraire à l'idée qui avait dicté la réforme qu'une nouvelle organisation sembla dès lors nécessaire. Déjà, en 1872, M. Mantellini condamne la réforme de 1865 : « On a voulu, disait-il, donner aux parties des garanties nouvelles en renvoyant à la justice ordinaire les causes qui étaient antérieurement dévolues à la justice administrative mais par le fait et dans la réalité voici ce qui arrive dans beaucoup de cas : des affaires qui, jusqu'ici avaient un juge pris, à la vérité, dans le sein de l'administration, mais enfin un juge, n'en ont plus aujourd'hui aucun, ni dans l'administration, ni dans les Tribunaux. Il est de fait que chez nous, dans bien des cas, les affaires n'ont plus de juge tandis que les Français que nous avons cru laisser en arrière, trouvent au moins un juge dans l'ordre administratif (1).

Cette législation de 1865 n'est plus en vigueur aujourd'hui en Italie. La réforme de 1889-1890 est venue, sinon

(1) Cité par Dareste, *Annuaire de la Société de législation comparée*, V^e année, p. 276 et 277.

rétablir l'état de choses existant avant cette loi, tout au moins réorganiser une juridiction administrative.

Le 18 février 1884, M. Deprétis, ministre de l'Intérieur, déposa au Sénat un projet de loi proposant de restituer au Conseil d'Etat ses anciennes attributions de juridiction. Dans l'exposé des motifs de son projet, le ministre italien s'exprimait ainsi: « Il convient de rétablir cette juridiction administrative, non pour envahir le domaine réservé à l'autorité judiciaire, mais pour donner un juge à des affaires qui, actuellement n'en ont pas. »

La loi du 31 mars 1889, crée au Conseil d'Etat une quatrième section destinée à remplir le rôle de juridiction administrative supérieure.

Sous l'empire de la loi de 1865, les particuliers qui se trouvaient lésés par un acte de l'administration ne pouvaient s'en référer qu'au supérieur hiérarchique de l'administrateur en cause, depuis la loi de 1889, ils peuvent s'en référer à la quatrième section du Conseil d'Etat, car cette loi établit un recours pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi contre les actes ou décisions émanés d'une autorité administrative ou d'un corps délibérant.

Les restrictions étaient nombreuses dans la loi de 1889 et la compétence de cette quatrième section du Conseil d'Etat était très limitée, mais lorsqu'on vit que ces innovations étaient accueillies favorablement par l'opinion et par les corps judiciaires eux-mêmes, on élargit considérablement, par la loi du 1^{er} mai 1890 les attributions de la quatrième section. Cette loi du 1^{er} mai 1890, ne devait avoir pour objet que la juridiction de premier ressort des juntas provinciales, mais pour

les raisons que nous venons de donner, il y fut aussi question de la juridiction administrative supérieure.

Cette législation de 1890 créa donc des Tribunaux administratifs de premier ressort et leur donna le nom de junte provinciales.

Ces junte ne sont autre chose que les anciens Conseils de préfecture réorganisés de façon à donner aux justiciables le plus de garantie possible. Ces Tribunaux n'ont point une compétence générale. Leurs décisions ne sont pas définitives, en ce sens qu'on peut toujours, dans un certain délai, les porter devant la quatrième section du Conseil d'Etat pour incompétence, excès de pouvoir, ou violation de la loi.

Par cette réforme de 1890, les Italiens ont atteint le but que leurs devanciers avaient poursuivi en 1865, en supprimant le Conseil d'Etat en tant que juridiction d'ordre administratif. Ils ont donné des juges à des affaires qui, depuis 1865 n'en avaient pas et de plus, ils ont rendu ces juges indépendants de l'administration active. Le législateur italien de 1890 a donc compris que l'administration active et la juridiction administrative, si toutes deux sont nécessaires, du moins doivent être séparées formant deux institutions ayant chacune leur vie propre ; sans doute la règle souffre encore des exceptions, le principe est encore imparfaitement appliqué, mais l'esprit général de cette législation et le courant d'idées auquel elle obéit nous permet de bien augurer de l'avenir et d'espérer un perfectionnement prochain.

IV. — ALLEMAGNE

L'Empire d'Allemagne est une fédération. Ce fait nous oblige, au point de vue qui nous occupe, comme il obligerait d'ailleurs à tout autre point de vue, à distinguer deux parties dans la législation allemande. Nous aurons à examiner en premier lieu, la législation fédérale qui pose des principes applicables dans l'empire tout entier, en second lieu, nous aborderons l'étude de la législation particulière à chaque Etat, recherchant dans l'organisation et le fonctionnement des Tribunaux administratifs, l'évolution du principe que nous cherchons à établir.

1^o *Législation fédérale.*

Avant 1871, c'est-à-dire avant la formation de l'Empire fédéral allemand, la juridiction administrative était chose inconnue au-delà du Rhin. L'administration active était seule juge des contestations qui pouvaient s'élever entre elle et les particuliers. Très rarement, les Tribunaux judiciaires étaient compétents pour connaître des réclamations portées contre l'administration.

Cette organisation ne fut modifiée qu'en 1877. C'est en effet le 27 janvier de cette année que fut promulgué le Code d'organisation judiciaire allemand⁽¹⁾. Ce Code pose des règles générales qui rejaillissent nécessairement sur les législations de chaque Etat en se combinant avec elles. Ce Code fut traduit en français par M. Dubarle et

(1) Dubarle *Code d'organisation judiciaire allemand.*

publié sous la direction de la Société de législation comparée. Dans son article 13, il établit le principe d'une juridiction administrative, mais n'en règle aucunement l'organisation, laissant ainsi à chaque Etat le pouvoir d'organiser cette juridiction spéciale comme bon lui semblerait.

L'article 13 dit en effet simplement « Les Tribunaux ordinaires connaissent de toutes les affaires contentieuses et criminelles qui ne sont pas de la compétence des autorités administratives. »

Assurément cet article 13 n'est point fait pour nous satisfaire d'une façon absolue. On est loin de trouver dans ses termes l'affirmation du principe que met en évidence notre législation française et la jurisprudence de notre Conseil d'Etat.

Bien plus, nous ne trouvons même pas dans ce Code d'organisation judiciaire de formule prescrivant dans chaque Etat de l'Empire, l'organisation d'une juridiction administrative. Sans doute, le principe d'une telle juridiction en ressort, mais le sens des mots, autorités administratives est bien vague.

Cette indécision, ce peu de fermeté que l'on trouve dans la législation fédérale allemande, semble nous indiquer par avance que les différents systèmes allemands d'organisation de justice administrative ne donneront que dans une certaine mesure satisfaction au principe dont nous recherchons la bienfaisante existence.

Tous les petits Etats de l'Allemagne sont encore restés inactifs. Pas de juridiction administrative dans le Holstein, le Hanovre, le duché d'Oldenbourg, la Hesse, le Nassau. Les grands Etats seuls en ont compris la nécessité et

ont suivi le simple conseil à eux donné par la législaton fédérale,

A côté de ce défaut de fermeté de l'article 13 du Code d'organisation judiciaire allemand, la législation fédérale allemande en contient un autre d'une gravité plus grande encore au point de vue spécial où nous nous plaçons. En effet rien ne s'oppose plus à la proclamation du principe de séparation dont il est question ici que la prohibition faite à tout Tribunal judiciaire ou administratif de connaître du contentieux de l'Etat. L'administration active seule peut connaître des réclamations tendant à faire annuler ou réformer un acte de l'administration agissant comme puissance publique ou à obtenir une indemnité à raison du dommage que cet acte a pu causer.

« La voie de droit, dit M. de Rönne, n'est pas ouverte contre l'Etat puissance publique (1). »

On voit combien sont graves pour nous les conséquences d'un pareil état de choses. Pas de séparation absolue possible entre l'administration active d'une part et la juridiction administrative, d'autre part.

Ceci dit, nous allons rechercher si dans les pays où il existe une juridiction adminisrative abstraction faite des cas où l'Etat est partie en cause en tant que puissance publique, nous trouvons une tendance à séparer le juge de l'administrateur actif.

(1) Von Ronne, *das Staatsrecht der Preussischen Monarchie*. 4^e édit., Berlin, 1883. t. III, p. 485.

2° *Prusse.*

De nombreuses lois ont depuis 1870 transformé et développé la juridiction administrative de la Prusse.

Ce sont : la loi du 13 décembre 1872 modifiée par celle du 19 mars 1882.

La loi du 22 juin 1875 sur l'administration des provinces modifiée par celle du 22 mars 1881 ; la loi du 3 juillet 1875 sur la juridiction administrative modifiée par celle du 2 avril 1880, enfin les lois du 3 juillet et 1^{er} août 1883 sur la compétence des autorités et des Tribunaux administratifs, lois qui ont révisé et codifié les précédentes et qui sont toutes deux entrées en vigueur le 1^{er} avril 1884.

C'est donc dans la loi de 1883 que nous trouverons l'organisation actuelle de la juridiction administrative en Prusse puisqu'elle résume et codifie en quelque sorte toutes les autres.

La juridiction administrative est exercée en Prusse par trois sortes de Tribunaux :

Les Comités de cercles ;

Les Comités de districts.

Le Tribunal administratif supérieur.

Nous avons à rechercher si ces différents corps sont bien réellement des Tribunaux indépendants de l'administration et s'ils ont seulement pour attribution celle de juger les différends qui peuvent s'élever entre l'administration d'une part et les particuliers d'autre part. S'il en est ainsi, nous trouverons, dans le principal Etat de l'Allemagne, le principe que nous cherchons à

dégager compris et appliqué autant que peut le permettre la réserve dont nous avons parlé plus haut; pour cela il nous suffira de rechercher dans la loi de 1883 la composition et les attributions des Comités de cercles, des Comités districts et du Tribunal administratif supérieur.

Le cercle prussien correspond à peu près à notre arrondissement.

Le Comité de cercle, pour être un véritable Tribunal administratif, devrait donc être organisé de la même façon que nos Conseils de préfecture, sans vouloir pour cela citer ces derniers comme un exemple parfait. Qu'est-il, en réalité ? Il suffit de parcourir la loi de 1883 pour s'en rendre compte. C'est un corps élu chargé de juger les différends d'ordre administratif et de contrôler les actes de l'administration. Leurs membres élus sont donc juges en même temps que contrôleurs de l'administration, c'est-à-dire administrateurs actifs eux-mêmes.

Ils sont élus, c'est déjà, à notre avis, un premier défaut, car l'élection ne donne pas à des juges une indépendance assez grande pour assurer aux intéressés la sécurité et l'impartialité qu'engendre généralement la nomination par le pouvoir exécutif et à plus forte raison l'inamovibilité. N'offrant pas aux justiciables les garanties qu'ils sont en droit de réclamer, ils ne peuvent être comparés aux juges administratifs, que la compréhension du principe de séparation nous permet d'envisager.

Non seulement les membres des Comités de cercle sont élus, mais ils sont encore des administrateurs actifs. Ils ont à contrôler les actes de l'administration du

cercle et, par conséquent, en sont les chefs directs. Rien n'est exécuté sans l'approbation du Comité de cercle. Dans cette organisation, il n'y a donc aucune trace de l'idée que nous poursuivons. Ce sont des Tribunaux administratifs analogues à ceux de notre époque révolutionnaire (1), où règne la confusion absolue des fonctions de juge et d'administrateur actif. Sans doute, le législateur prussien a distingué les recours qui s'adressent à ces Comités en tant que supérieurs hiérarchiques et ceux par lesquels ils sont saisis en tant que juridiction administrative, mais il n'en résulte pas moins que les mêmes personnes agissent, que le même corps est saisi, qu'il s'agisse d'une affaire à juger ou d'une décision administrative à prendre.

Au-dessus des Comités de cercle sont les Comités de district.

Comme les Comités de cercle, les Comités de district sont des collectivités en partie élues, en partie nommées par le roi et présidées par le président du Gouvernement qui n'est autre que le chef de l'administration active dans le district.

Ces Comités sont des juridictions d'appel à l'égard des Comités de cercle, c'est-à-dire pour les affaires d'administration communale, ce sont, au contraire, des juridictions de premier ressort en ce qui concerne les affaires d'administration du district et les affaires communales qui excèdent la compétence des Tribunaux de cercle.

Nous avons à faire, au sujet des Comités de districts,

(1) Laferrière, Chap. II, section II, p. 47.

la même remarque que nous avons faite au sujet des Comités de cercle. Ce sont des Tribunaux administratifs assurément, mais qui ne sont pas exclusivement chargés de juger les affaires administratives. Ce sont des organes de l'administration active chargés de la diriger et de la contrôler. Il y a donc ici, comme pour les Comités de cercle, confusion entre les mêmes mains de l'administration active et de la juridiction administrative.

Si, aux premiers échelons de la juridiction administrative prussienne, nous ne voyons pas se dégager le principe directeur de nos observations, il ne faut pas en conclure qu'il soit resté ignoré du législateur de ce royaume. Il existe, en effet, en Prusse, un Tribunal administratif distinct et indépendant de l'administration active ayant une vie propre et des attributions exclusivement juridictionnelles.

Nous voulons parler de la juridiction supérieure en matière administrative, Tribunal unique siégeant à Berlin, organisé par la loi du 3 juillet 1875, et que l'on est convenu d'appeler le « Tribunal administratif supérieur » (Oberverwaltungsgericht).

Ce Tribunal, comme notre Conseil d'Etat, connaît des affaires contentieuses soit en appel, soit en premier et dernier ressort, soit comme juge de cassation. Ses membres sont nommés à vie par le roi et remplissent ainsi toutes les conditions d'indépendance qui sont nécessaires à la sécurité des plaideurs.

Nous trouvons enfin dans l'organisation de ce Tribunal supérieur une sérieuse application du principe de séparation, puisque ses membres sont des juges sans

être des administrateurs, et que leur indépendance est assurée par leur irrévocabilité.

A côté de ce résultat incontestable dans la pratique, la doctrine nous en fait espérer bien d'autres. L'ancien système, qui ne connaissait rien en dehors de la compétence judiciaire et du pouvoir discrétionnaire de l'administration, paraît être aujourd'hui complètement abandonné, et nombre d'auteurs, en comparant l'organisation actuelle de la juridiction administrative en Prusse avec celle adoptée par la France, ne cachent pas la préférence qu'ils ont pour cette dernière. L'un d'eux, M. le professeur Stengel (1), émet le vœu de voir les attributions des Tribunaux administratifs s'étendre à des affaires contentieuses qui sont encore aujourd'hui sans juges, notamment (et ceci a une importance capitale en ce qui nous concerne), la plupart de celles qui intéressent l'administration centrale ; il ajoute encore qu'il voudrait voir le contentieux des impôts rentrer dans la compétence des dits Tribunaux, et les décisions aujourd'hui souveraines des ministres être déferées au Tribunal administratif supérieur à l'exemple de ce qui se passe en France.

Sans doute, dans la législation prussienne on trouve des traces de notre principe, mais elles sont encore bien légères. Grâce à la doctrine, un courant très vif paraît se former en faveur de l'idée de séparation. Assurément, parti des Universités, ce courant atteindra le législateur et lui dictera les réformes qui rendront

(1) Stengel. *Die organisation der preusschen verwaltung*, p. 556 (Leipzig, 1884),

réelle l'application du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

3° *Bavière.*

C'est en 1878 qu'à l'exemple de la Prusse qui, en 1875, avait organisé son Tribunal administratif supérieur, la Bavière organisa sa Cour de justice administrative.

Nous retrouvons, d'ailleurs, en Bavière ce que nous avons trouvé en Prusse.

Les Régences de cercles correspondant aux Comités de cercle prussiens et les Conseils de district correspondant aux Comités de district, même confusion dans ces corps bavarois entre l'administration active et la juridiction administrative, mais aussi même indépendance dans le Tribunal supérieur et même tendance à enlever aux ministres les attributions juridictionnelles que les errements du passé leur avaient octroyées.

4° *Wurtemberg* (1).

Dans le Wurtemberg, c'est le 16 décembre 1876 que la loi organique instituant et organisant la Cour de justice administrative fut promulguée. Les membres de cette Cour nommés à vie par le roi sur la présentation du Conseil des ministres ont la même indépendance que les membres du Tribunal administratif prussien.

La Cour administrative wurtembergeoise connaît en

(1) Annuaire de législation étrangère, année 1877, p. 179.

appel des décisions rendues par les Régences de cercles, le Conseil supérieur des mines, etc., corps appartenant aussi bien à l'administration active qu'à la juridiction administrative, toujours élus et présidés par un administrateur. Même organisation qu'en Prusse et par conséquent mêmes imperfections.

5° *Grand-Duché de Bade.*

Dans le Grand-Duché de Bade, nous sommes en face de défauts plus graves encore que dans les Etats précédemment étudiés. La loi de 1880 qui, dans cet Etat, organise la Cour de justice administrative n'est pas allée en effet aussi loin dans notre sens que les lois similaires des autres Etats. Les arrêts rendus par cette Cour ne sont pas à l'abri d'un recours devant l'autorité supérieure administrative, c'est-à-dire devant le grand-duc entouré de son Conseil des ministres qui s'est réservé le droit d'annuler ces arrêts pour incompétence et excès de pouvoir.

6° *Saxe.*

En Saxe, on est allé moins loin encore, puisque nous n'y rencontrons pas de Cour de justice administrative permanente. Les jugements des Comités de district peuvent être frappés d'appel devant les Conseils de cercles. Au-dessus des Conseils de cercles, il n'y a pas de Tribunal suprême. La juridiction supérieure administrative appartient aux ministres.

7° *Alsace-Lorraine.*

Après l'annexion de cette province à l'Allemagne, en

1871, les Conseils de préfecture furent supprimés par la loi du 30 décembre de cette même année et remplacés par des Conseils de district (bezir Ksrathe) qui exercent au premier degré la juridiction administrative en même temps qu'un contrôle de l'administration active.

La juridiction supérieure est exercée par le Conseil impérial composé de membres tous nommés par l'empereur et présidé par le secrétaire *d'Etat d'Alsace-Lorraine*.

En résumé, nous trouvons dans tous les Etats de l'Allemagne, l'organisation d'une juridiction administrative. Partout les membres des Tribunaux inférieurs sont administrateurs en même temps que juges. Partout aussi, ils sont élus ; c'est peut-être un mérite d'appeler les citoyens au maniement des affaires publiques et de leur apprendre à se gouverner eux-mêmes ; grâce au système de l'élection, chacun peut contribuer à la nomination de ses juges. Mais, cependant, il ne nous semble pas que ce soit là un moyen de donner à ces derniers l'indépendance absolue que nécessite leur fonction. D'ailleurs cette particularité ne fait en rien disparaître le vice fondamental de ce système qui est de confier la juridiction administrative aux membres de l'administration active.

Ajoutons encore que le système allemand est peu enviable en ce sens qu'il enlève à la connaissance des corps institués et organisés pour connaître les affaires administratives les réclamations relatives aux impôts et à la voirie qui, cependant par leur nombre, constituent

une partie importante du contentieux de l'administration.

Quoi qu'il en soit, puisque nous avons constaté dans presque tous les grands Etats de l'Allemagne, l'existence d'une loi récente organisant une juridiction supérieure administrative indépendante de l'administration active, il est permis de croire que les législateurs allemands suivront la route dans laquelle ils se sont engagés, et que comme semble le dire M. Stengel, dans un passage de l'ouvrage dont nous avons parlé plus haut, les administrateurs actifs si haut qu'ils soient placés, ne pourront bientôt plus entraver l'exécution des décisions émanant des Tribunaux administratifs.

V. — AUTRICHE-HONGRIE.

1° *Autriche.*

Avant la loi du 21 décembre 1867 sur le pouvoir judiciaire, l'administration active en Autriche, représentée pour l'Etat par les ministres, pour les localités par des autorités collectives élues, était juge de tout le contentieux administratif. La confusion des fonctions d'administrateur et de juge était donc absolue.

La loi du 21 décembre 1867 qui fut complétée par une loi du 22 octobre 1875, a institué une Cour de Justice administrative (*verwaltungsgerichtshof*) composée de membres nommés à vie par l'empereur sur la proposition du Conseil des ministres.

Il s'est donc produit en Autriche le même mouvement qu'en Allemagne : institution d'un Tribunal administratif supérieur indépendant de l'administration active

et offrant par l'inaltérabilité de ses membres la plus grande sécurité aux parties en cause devant lui.

Si l'Autriche a suivi l'Allemagne dans l'organisation de la juridiction administrative supérieure, elle l'a également imitée en ce qui concerne l'organisation des Tribunaux inférieurs de l'ordre administratif.

Chaque cercle ou district, en effet, est administré par un Conseil électif et par un Comité permanent. Le Comité permanent contrôle les actes de l'administrateur et juge les différends d'ordre administratif.

Dans cette organisation donc comme en Allemagne, les pouvoirs de contrôle administratif et de juridiction sont exercés par les mêmes autorités.

On peut toujours porter les décisions des Comités devant la Cour de justice administrative. L'article 15 de la loi de 1867 nous dit en effet que : « Quiconque se prétend lésé dans ses droits par une décision ou une mesure de l'autorité administrative, a le droit de porter sa réclamation devant la Cour de justice administrative avec procédure publique et orale, contre un représentant de l'autorité administrative. » C'est bien là une garantie, mais le défaut grave d'organisation dont nous parlons n'en existe pas moins.

Les fonctions de juge et d'administrateur actif sont confondues au lieu d'être séparées. La Cour de justice administrative seule est un véritable Tribunal et encore son importance est-elle bien diminuée par suite du parallélisme qui existe entre elle et le Tribunal d'Empire. Ce dernier, comme elle, est composé de membres nommés à vie par l'empereur, mais sur la proposition des deux Chambres législatives.

2° Hongrie.

La Hongrie, jusqu'à ces dernières années, n'a pas eu de juridiction administrative et toutes les questions même celles relatives aux impôts relevaient uniquement de l'administration active, représentée par les Comités d'administration au premier degré et par les ministres en dernier ressort.

Des réclamations nombreuses furent portées au Gouvernement hongrois qui, en tenant compte, organisa par deux lois promulguées le 21 juillet 1883, un Tribunal, dit Tribunal administratif financier, qui connaît, en dernier ressort, du contentieux des contributions publiques.

C'est la première mesure tendant à la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative qu'ait prise le législateur hongrois. Il semble vouloir obéir aux tendances allemandes, aussi pouvons-nous bien augurer de l'avenir.

VI. — SUISSE.

Pour avoir terminé l'étude des législations étrangères qui, au point de vue de l'organisation de la juridiction administrative se rapprochent le plus du système français et où l'on rencontre une tendance à séparer l'administrateur du juge administratif, il nous suffira de dire quelques mots de la législation helvétique.

En règle générale, en Suisse, c'est le Tribunal fédéral autorité judiciaire, qui a plénitude de juridiction, en matière administrative aussi bien qu'en matière civile

ou criminelle, lorsqu'il s'agit, bien entendu, de contestations intéressant la Confédération ou divisant plusieurs cantons.

Depuis 1874, dans nombre de cas, toute compétence fut enlevée au Tribunal fédéral et attribuée à l'Assemblée fédérale autorité législative de la Fédération.

Les législateurs des cantons de Berne, de Zurich, de Neuchâtel, du Tessin et du Valais tendent à imiter les législateurs fédéraux. Ils ont déféré à des autorités ou juridictions spéciales, les contestations où dominait le caractère administratif, obéissant ainsi au principe qui veut que la fonction administrative soit séparée de la fonction judiciaire.

C'est ainsi que nous voyons la loi du 1^{er} décembre 1877 dans le canton de Valais organiser un Tribunal spécial au contentieux administratif.

Telles sont les législations qui se rapprochent de notre système juridictionnel français, c'est-à-dire les législations qui ne sont pas réfractaires au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Toutes, obéissant à ce principe, ont soustrait les contestations qui avaient un caractère administratif aux Tribunaux de droit commun et ont d'abord confié le pouvoir de les juger aux administrateurs eux-mêmes, puis peu à peu ont créé ou tendent à créer des juridictions spéciales aux choses de l'administration, c'est-à-dire à séparer la fonction d'administrateur actif de celle de juge administratif.

SECOND GROUPE

Dans les législations des pays que nous avons rangés dans un second groupe, dans les législations belge, suédoise, danoise et grecque nous ne trouvons pas de juridictions administratives. Il n'y a pas de Tribunaux administratifs et l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur toutes les contestations quelle que soit leur nature.

Le type de ces législations est la législation belge puisqu'on donne, en effet, au système en vigueur dans ces divers pays, le nom de système belge.

I. — BELGIQUE.

Il semble, au premier abord, singulier de voir ce pays, voisin du nôtre, où l'on parle notre langue, où l'on a adopté notre Code civil, pays qui a nos mœurs, nos habitudes et nos lois, rester absolument réfractaire à l'adoption de notre système juridictionnel en matière administrative. Il n'en fut, en effet, pas toujours de même.

Jusqu'en 1815, la Belgique avait suivi le système de la législation française, mais s'en éloigna à cette époque en voyant les abus auxquels il avait donné lieu dans le gouvernement impérial : le fait, par exemple, sous prétexte de conflit, d'enlever aux Tribunaux judiciaires le droit de se prononcer sur des litiges qui avaient un caractère purement civil ou criminel, pour

les faire trancher par des juges plus gouvernementaux (1).

La Belgique et la Hollande, pour ne pas introduire dans leur législation la cause des abus commis en France, profitèrent de la réaction ainsi provoquée contre tout ce qui pouvait rappeler l'ingérence du pouvoir dans les affaires de la justice et n'admirent plus d'exception à la compétence des Tribunaux judiciaires. C'était ainsi enlever à l'administration active toute attribution juridictionnelle. Ce n'est point contre un pareil résultat que nous pouvons nous élever, mais le moyen employé pour y parvenir n'était peut-être pas le meilleur. On s'aperçut bientôt que l'autorité judiciaire prenait, par rapport à l'autorité administrative, une importance telle que son omnipotence devint inquiétante.

En 1822, un arrêt royal revendiqua l'indépendance de l'autorité administrative à l'égard des Tribunaux judiciaires, et rétablit la procédure de conflit dont la suppression avait été la cause principale de la prédominance de l'autorité judiciaire. Le rétablissement de la procédure de conflit amena un changement considérable dans la législation belge et à la prédominance des Tribunaux judiciaires sur l'administration succéda l'arbitraire gouvernemental. C'était aller comme on le voit d'un extrême à l'autre.

Ce ne fut qu'en 1831, lors de l'établissement de la monarchie constitutionnelle en Belgique, qu'on chercha à prévenir le retour de vicissitudes semblables en posant en principe que les Cours et Tribunaux n'appli-

(1) Laferrière, p. 86.

queront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois (art. 107 constitution du 7 février 1831), que les contestations, qui ont pour objet les droits civils seront exclusivement du ressort des Tribunaux (art. 92) et enfin que celles concernant des droits politiques le seront aussi, sauf les exceptions établies par la loi (art. 93).

Cette même constitution de 1831 défère le jugement des conflits à la Cour de cassation, évitant ainsi et l'omnipotence des Tribunaux judiciaires et l'arbitraire gouvernemental.

Au point de vue qui nous occupe, l'article 93 offre le plus grand intérêt, car il conçoit des juridictions, des Tribunaux spéciaux établis par la loi pour certaines contestations ayant pour objet des droits politiques.

Dès 1831, en Belgique, on constate l'établissement et l'organisation de Tribunaux spéciaux.

Le contentieux de la comptabilité publique entre l'administration et les comptables appartient à la Cour des Comptes.

D'autres contentieux comme celui des élections, des impôts directs appartiennent aux députations permanentes des Conseils provinciaux. Sans doute, ce ne sont point-là des Tribunaux au sens absolu du mot, car ces députations ressemblaient bien plus à nos Commissions départementales actuelles qu'à un véritable Tribunal.

D'ailleurs cet essai de juridiction administrative ne fut pas de longue durée.

La loi de 1869 et plus tard celle de 1881 (1) enlevè-

(1) Annuaire de législation étrangère, 1882.

rent toute compétence à cet égard aux députations provinciales et portèrent la connaissance des litiges en question, à l'administration active en premier ressort et en dernier aux Cours d'appel en sorte qu'aujourd'hui il n'y a plus en Belgique aucune assemblée que l'on puisse considérer comme un Tribunal administratif. La réforme de 1881 n'a laissé aux députations provinciales aucune des attributions contentieuses qui leur avaient été confiées par la constitution de 1831.

Les Tribunaux judiciaires sont donc en principe compétents pour statuer sur tous les litiges même sur ceux concernant les matières les plus étrangères au droit commun. Ils sont compétents dans tous les différends où l'Etat est en cause, considéré comme personne civile, c'est-à-dire que leur compétence s'applique à tous les contrats, à tous les engagements pécuniaires de l'Etat à tous les actes de gestion qu'il fait dans l'intérêt des services publics, parce que l'Etat dans tous ces différents actes est considéré comme une personne civile.

Lorsqu'il s'agit de l'Etat considéré comme personne politique, c'est-à-dire comme puissance publique, la compétence des Tribunaux judiciaires n'est pas aussi absolue. Ils ne peuvent pas plus qu'en France prononcer l'annulation de dispositions réglementaires illégales. Il y a donc encore en Belgique une séparation entre les autorités administratives et judiciaires. La procédure de conflit existe et c'est la Cour de cassation belge qui est compétente pour résoudre les difficultés qui peuvent naître entre les deux autorités.

En résumé grâce à ses institutions, la Belgique pru-

dente et modérée dans sa législation, a pu éviter les principaux inconvénients qu'il y a de confier aux Tribunaux judiciaires le contentieux administratif. Elle a compris cependant que l'administration active ne pouvait pas être juge de ce contentieux, qu'il fallait aux justiciables des juges pour trancher les difficultés qui pouvaient naître entre eux et l'administration. Elle a séparé, en un mot, l'administration active des Tribunaux chargés de résoudre les litiges d'ordre administratif sans pour cela créer des Tribunaux spéciaux pour en connaître. Elle a réussi, par divers moyens et après de longs tâtonnements, à annihiler l'omnipotence soit de l'une, soit de l'autre des autorités administrative et judiciaire. Elle a eu, comme on le voit, les mêmes préoccupations que notre législateur. Elle s'est écartée de la voie que l'on prenait en France pour résoudre toutes ces difficultés, mais n'a point perdu de vue le but que comme elle, elle cherchait à atteindre, ni l'idée qu'elle voulait faire triompher. Sans doute, ses incertitudes et peut-être aussi sa prudence l'ont laissée un peu en arrière de notre législation, mais il est permis de croire qu'à notre exemple, qu'elle a suivi si souvent, elle aboutira à la réalisation de l'idée qui n'a jamais été abandonnée par ses légistes.

II. — SUÈDE ET NORWÈGE.

Dans les pays scandinaves comme en Belgique et dans les autres pays qui ont adopté le système belge, il n'y a pas de Tribunaux administratifs. Les Tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur les litiges

où l'administration est en cause. Mais comme en Belgique la séparation n'en existe pas moins entre les autorités administrative et judiciaire.

Pour les affaires contentieuses relatives aux dessèchements et aux irrigations et à d'autres entreprises touchant l'agriculture, l'administration active est déclarée compétente. Mais les intéressés peuvent en appeler de ces décisions aux Cours judiciaires ordinaires.

TROISIÈME GROUPE

Dans les pays qui composent ce groupe, c'est-à-dire en Angleterre et aux Etats-Unis, il n'existe pas de juridiction administrative. Le principe qui semble dicter la création de Tribunaux spéciaux pour les affaires administratives n'est même pas admis. Ce principe n'est autre que celui de la séparation des pouvoirs, entendu dans son sens politique. Pour les législateurs de pays anglo-saxons le principe de la séparation des pouvoirs, entendu au sens fonctionnel, rend inutile à leurs yeux, la création d'un organe de juridiction au sein du pouvoir exécutif. L'action de juger doit pour eux appartenir au pouvoir judiciaire seul.

Sans doute, ce système donne aux justiciables une certaine sécurité en ce sens que pour toutes les difficultés qui s'élèvent entre eux et l'administration, ils peuvent s'adresser à des juges indépendants du pouvoir exécutif et dont l'impartialité est hors de doute.

Mais ce système a par contre un bien grand incon-

venient c'est de rendre considérable le nombre des actes discrétionnaires de l'administration échappant à tout recours contentieux. C'est aussi celui de diminuer le nombre des cas où la responsabilité de l'Etat peut être engagée. Cela se comprend aisément. Le pouvoir judiciaire dont la compétence est si étendue tend à prendre une importance assez grande pour tenir sous sa dépendance les autres pouvoirs de l'Etat, le pouvoir exécutif surtout. L'Etat cherche alors à secouer ce joug qui lui pèse et qui met en danger son indépendance, il y parvient en se soustrayant à toute juridiction, aussi souvent qu'il le peut, tout en reconstituant partiellement, au moyen de la théorie des actes discrétionnaires et de celle des recours gracieux, la confusion entre l'administration active et la juridiction administrative.

I. — ANGLETERRE.

En Angleterre donc, il n'y a jamais eu de juridiction administrative. Cela tient, dit M. Dareste (1), dans son ouvrage sur la juridiction administrative, à ce que dans ce pays il n'y a jamais eu d'organisation administrative complète. C'est à l'initiative privée qu'était attribué la plupart du temps le soin de pourvoir aux besoins collectifs. Ainsi donc tout se réduisait à des contestations entre particuliers qu'il était bien naturel de faire juger par les Tribunaux judiciaires.

Depuis un demi-siècle cependant, il s'est créé en

(1) Dareste, *La justice administrative*, 2^e édit,

Angleterre un courant assez fort tendant à une centralisation administrative.

Des lois nouvelles comme les lois sur l'assistance, sur la salubrité, sur l'instruction publique marquent bien le commencement d'une évolution tendant à l'unité administrative. Et dire aujourd'hui qu'il y a pas à proprement parler d'administration en Angleterre, ce serait commettre une grave erreur. Il est même, croyons-nous, permis de dire que dans ces lois on peut découvrir les premiers vestiges d'une juridiction administrative. Les anciennes institutions anglaises ont été trouvées insuffisantes pour faire face aux besoins nouveaux créés par les progrès de la civilisation et le développement des idées modernes.

La loi de 1858, complétée par les lois de 1871 et de 1875 organise une véritable juridiction administrative pour les affaires relatives à l'assistance publique, la salubrité, la voirie. Ces affaires sont portées en première instance devant les Bureaux centraux et en appel devant le Bureau de gouvernement local, qui sont de véritables Tribunaux, composés, il est vrai, de fonctionnaires actifs nommés par le pouvoir central.

Sans entrer dans le détail de toute cette nouvelle organisation, il nous suffit de la constater pour comprendre le mouvement important qui existe aujourd'hui en Angleterre et qui tend à centraliser l'administration, à enlever compétence sur tout ce qui la concerne aux Tribunaux qui en connaissaient autrefois, à séparer, en un mot, les autorités administratives et judiciaires.

II. — ETAT-UNIS DE L'AMÉRIQUE DU NORD.

Les Etats-Unis avaient, à l'exemple de l'Angleterre, repoussé toute centralisation administrative et, comme elle, avaient donné une prédominance au pouvoir judiciaire en lui donnant toute compétence pour connaître des affaires administratives. « Ce sont, en effet, les juges de paix en Cours de sessions qui, en premier ressort, connaissent du contentieux administratif. En appel, se sont les Cours de Circuit, assises ambulantes tenues par les juges de la Cour suprême (1). »

L'absence d'une juridiction administrative n'est point pour nous étonner lorsqu'il s'agit des Etats-Unis. Ce pays n'est-il pas, en effet, régi par une constitution que l'on cite parmi celles qui ont adopté le principe de la séparation absolue des pouvoirs, ne le comprenant qu'au sens fonctionnel. Logiquement, nous devons trouver en elle une séparation absolue des fonctions et voir l'autorité judiciaire connaître de tous les litiges quelle que soit leur nature. Les constitutionnels américains n'avaient pas à avoir les mêmes craintes que nos révolutionnaires et rien ne les empêchait de mettre en pratique les idées qu'ils avaient adoptées.

Mais depuis un siècle ces idées d'absolue séparation n'ont-elles pas changé? Aucun mouvement ne s'est-il produit en Amérique pour réagir contre le principe adopté? Les idées françaises et les nombreuses réformes

(1) Charrier, Thèse, Paris 1893, p. 140.

qui eurent lieu en France n'ont-elles eu aucune influence sur l'esprit de ce peuple neuf et pratique?

Si, assurément. Sans doute leurs anciennes institutions n'ont pas disparu, mais les nouvelles offrent à notre point de vue un caractère bien différent. Comme dans tous les pays d'Europe et plus peut-être que partout ailleurs, de grands services administratifs se sont récemment développés en Amérique tels que les travaux publics (chemins de fer, canaux), la salubrité, le service pénitentiaire, celui des aliénés, etc. On aurait pu, suivant la coutume ancienne, donner aux agents déjà en fonction dans la commune ou le comté la connaissance de ces nouveaux services, on a préféré créer des autorités nouvelles rattachées à l'Etat par une hiérarchie et constituant ainsi un véritable corps administratif et leur donner les attributions, apanage autrefois des agents de la commune ou du comté. C'est bien là le même mouvement qu'en Angleterre, la tendance à centraliser l'administration, tendance suggérée et quelquefois même imposée par des besoins nouveaux créés par la marche de la civilisation.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas aux Etats-Unis de juridictions spéciales pour trancher les litiges administratifs, les Tribunaux judiciaires seuls sont compétents pour juger les différends de tous ordres.

Il n'y a donc pas de parallèle à établir entre notre système et le système anglo-américain. Dans ce dernier, la confusion entre l'administration active et la juridiction administrative existe plus que partout ailleurs, car malgré la compétence très étendue des Tribunaux judiciaires en matière administrative, beaucoup d'actes

administratifs ceux auxquels nous donnerions le nom d'actes de puissance publique sont soustraits à tout recours contentieux.

C'est contre cette confusion partielle que nous voyons se manifester aux Etats-Unis, un mouvement très marqué. M. Goodnow (1), jurisconsulte américain, se demande en effet en faisant un parallèle entre le système français et celui adopté dans son pays, s'il ne serait pas avantageux pour les Etats-Unis, soit d'adopter le système français, soit d'étendre la juridiction des Tribunaux judiciaires pour faire disparaître dans la mesure du possible les actes discrétionnaires. En terminant ces réflexions à ce sujet, il dit même « que les litiges administratifs exigent, pour la solution bonne et correcte des nombreuses questions qu'ils soulèvent, une certaine somme de connaissances spéciales chez les juges de nos Cours ordinaires qui sont seulement versés dans la science du droit, et, en général seulement dans une de ses branches le droit privé. »

Il se prononce donc en faveur de l'institution d'une juridiction administrative en faisant remarquer que la plupart des actes de puissance publique sont considérés aux Etats-Unis comme rendus en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et ne peuvent donner lieu à aucun recours devant les Tribunaux judiciaires malgré la plénitude de juridiction qui appartient à ces derniers, même en matière administrative.

(1) Cité par Laferrière, p. 134.

CONCLUSION

Après ce rapide aperçu des législations des principaux Etats du globe si l'on rapproche, comme le dit M. Lafferrière du mouvement qui s'opère aux Etats-Unis en faveur de la centralisation de certains services administratifs, l'évolution à laquelle on assiste en Angleterre, les réformes qui ont élargi la juridiction administrative en Allemagne, l'ont consolidée en Espagne, l'ont rétablie en Italie après un abandon passager, il est impossible de ne pas constater la tendance générale qui consiste dans toutes ces législations à créer au sein de l'administration des organes indépendants destinés à juger le contentieux administratif, c'est-à-dire à admettre le principe essentiellement français de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

CHAPITRE II

Le principe de la séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative dans la législation française.

SECTION I.

Origine du principe.

Il n'est pas nécessaire de remonter bien loin dans l'histoire de notre législation pour trouver l'origine du principe dont nous nous occupons. Sans doute, si nous devons considérer la naissance de la juridiction administrative en France comme une des phases de l'évolution que nous recherchons, il nous faudrait parler ici de l'origine de ces juridictions, il nous faudrait, depuis le règne de Philippe le Bel jusqu'à nos jours, retracer les vicissitudes nombreuses par lesquelles ont passé les corps constitués pour connaître des choses de l'administration. Il nous faudrait parler de la Cour du roi, de son démembrement, du Conseil du roi, de ses luttes avec le Parlement, des intendants, des Conseils de Louis XIV, mais nous ferions ainsi l'histoire de la juridiction administrative bien plus que celle de notre principe.

Il nous suffira de donner les conclusions auxquelles nous ont amené nos recherches dans la législation de l'ancien régime, pour avoir démontré que cette période tout entière n'était point pour nous intéresser ; il nous suffira de dire que jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, pas une loi, pas une ordonnance n'a prévu la nécessité de séparer l'administrateur actif du juge administratif. Les intendants, les conseillers du roi, le roi lui-même connaissent seuls du contentieux administratif. La confusion des fonctions est absolue et rien ne garantit les particuliers contre le despotisme d'un pouvoir exécutif dont les abus multiples et incessants ont conduit notre pays à la Révolution.

C'est avec la Révolution française que nous voyons apparaître pour la première fois chez notre législateur l'idée de protection des intérêts privés. A la préoccupation qui hantait l'esprit des légistes de nos rois, de protéger le pouvoir central et d'en conserver la puissance, succède celle de mettre les intérêts des particuliers au même niveau que l'intérêt public.

C'est sur la mise en pratique de cette idée, que nous sommes d'avis de considérer comme l'origine du principe que nous étudions, que portèrent tous les efforts des grands esprits de la Révolution.

Les pouvoirs constitués sont organisés de façon à garantir les libertés de tous et les droits de chacun. Tous les hommes sont égaux devant la loi et leurs intérêts doivent être également sauvegardés. N'est-ce point le but auquel nous tendons en séparant l'administrateur actif du juge administratif ? Ne cherchons-nous pas en préconisant cette séparation à voir rayonner tout autour

de nous les effets d'une bonne et équitable justice ? Nous n'avons pas d'autre but.

Les hommes de la Révolution qui avaient vécu l'ancien régime crurent atteindre ce but et mettre en pratique l'idée directrice de leur œuvre de réorganisation. Ils y parvinrent souvent, mais se trompèrent quelquefois.

Au point de vue spécial où nous nous plaçons, les travaux préparatoires de la loi des 7 et 11 septembre 1790, sur l'organisation judiciaire nous montrent bien que les auteurs de cette loi crurent assurer aux particuliers, la plus excellente justice, en confiant la juridiction administrative aux Directoires de département, assemblées électives chargées d'administrer.

L'Assemblée constituante avait posé au Comité formé dans le but de préparer la loi, la question suivante : « Les mêmes juges connaîtront-ils de toutes les matières ou divisera-t-on les différents pouvoirs de juridiction, pour les causes du commerce, de l'administration, des impôts et de la police ? »

Le Comité y répondit en proposant la création d'un Tribunal d'administration chargé « de juger d'après les lois précises et des formes déterminées les affaires contentieuses qui peuvent s'élever à l'occasion de l'impôt ou relativement à l'administration. »

L'Assemblée constituante ne comprit pas l'utilité d'une pareille organisation, et, imbue de l'idée de simplifier les rouages administratifs, elle ne vit dans la création de Tribunaux propres aux choses de l'administration qu'une complication inutile et c'est ainsi qu'après le discours du député Pezons le renvoi du contentieux

administratif aux Directoires de département fut voté.

Aux yeux de tous, ces Directoires offraient aux justiciables les mêmes garanties qu'un Tribunal spécialement créé à l'effet de connaître le contentieux de l'administration; ils devaient donc répondre au but que l'on cherchait à atteindre.

L'erreur de l'Assemblée constituante s'explique aisément. Le contentieux administratif était sous l'ancien régime confié aux intendants, c'est-à-dire que les différends d'ordre administratif étaient soumis à un seul juge. Pour faire disparaître les inconvénients d'un pareil système, c'est-à-dire pour garantir les intérêts de tous, l'Assemblée constituante crut qu'il suffirait de donner uniquement à des collectivités le droit de juger semblables différends : séparer le juge administratif de l'administrateur actif, nul n'en a même supposé l'opportunité, aussi il suffit de se rappeler l'organisation de la juridiction administrative sous les constitutions de 1791 et de l'an III pour constater qu'entre les deux fonctions dont nous parlons, il existe partout une confusion absolue.

Les Directoires de district, les Directoires de département, le Conseil des ministres; sous la Convention : les Comités de l'Assemblée et leurs délégués en provinces; sous la constitution de l'an III : les Administrations municipales de canton, les Administrations centrales, le Directoire sont sans exception des corps qui réunissent à la fois l'action, la délibération et la juridiction. Il n'y a pas trace de séparation de fonctions.

La confusion absolue de l'administration active et de la juridiction administrative, voilà donc quel est le

résultat de la législation de la période révolutionnaire.

Si nous en avons fait mention, c'est que notre principe est né de l'idée dont le législateur de cette époque poursuivait la réalisation. Tout principe émane d'une idée qui en est la cause efficiente et, l'éclosion de cette idée devant être considérée comme l'origine du principe, nous ne pouvions passer sous silence cette période de la Révolution, puisque c'est pendant sa durée que l'idée qui, plus tard, engendra la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif a pris elle-même naissance.

SECTION II

Evolution due à la législation française de l'an VIII à 1848.

Il faut arriver à la constitution de l'an VIII et à la loi du 28 pluviôse de la même année pour trouver la première manifestation pratique du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

Au sortir de l'époque troublée que l'on venait de traverser, après le coup d'Etat du 18 brumaire, le premier consul et les légistes qui l'ont entouré comprirent qu'il était de toute nécessité pour inspirer confiance au peuple et affermir la sécurité de tous, d'établir les différentes institutions que réclame le fonctionnement de toute Société organisée sur des bases solides.

Il fallait permettre à tous les citoyens, de faire valoir leurs droits et donner aux petits le moyen de défendre leurs intérêts contre la puissance des grands.

L'organisation de la juridiction administrative séparée à tout jamais des juridictions au service de l'autorité judiciaire ne sembla point, aux auteurs de la nouvelle constitution, répondre au but poursuivi par leurs devanciers. Un particulier lésé dans ses intérêts ou dans ses droits par un acte de l'administration, ne pouvait qu'en référer à l'Assemblée, supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte. Suivant les cas, le corps ainsi saisi statuait soit comme administrateur, soit en tant que Tribunal, et ainsi les doléances portées par l'intéressé, ne pouvaient l'être que devant un corps administratif qui jugeait de cette manière un procès où l'Administration qu'il représentait était en cause. Ce corps était donc juge et partie dans la même affaire au grand détriment des justiciables.

La France reste divisée au point de vue administratif comme auparavant. Départements, arrondissements et communes en sont les subdivisions. En laissant la commune nommer son administrateur, mais en plaçant à la tête d'un arrondissement le sous-préfet et à la tête d'un département le préfet, agents tous deux du pouvoir central on rétablit le système de centralisation administrative dont Richelieu avait doté notre pays.

Si le législateur de l'an VIII avait laissé comme ses prédécesseurs la juridiction administrative dans les mains des administrateurs, nous aurions revécu l'ancien régime et les préfets de l'an VIII n'auraient été que l'image fidèle des anciens intendants. Ils ne furent que de simples administrateurs n'ayant pour toute fonction que l'action. La délibération fut, en effet, confiée à un corps provenant de l'élection : le Conseil général ; quant

à la juridiction, la loi de pluviôse an VIII en délégua l'exercice à un corps spécialement créé à cet effet : le Conseil de préfecture. Les décisions de ce Tribunal administratif départemental purent être portées en appel devant un Tribunal supérieur, le Conseil d'Etat que la constitution de l'an VIII elle-même organisa.

La constitution de l'an VIII d'une part, et la loi de pluviôse de la même année d'autre part, ont donc chacune leur importance à l'égard de notre principe.

C'est à la première qu'est due la création du Conseil d'Etat. C'est sur l'article 52 de cette constitution que l'on peut s'appuyer pour attribuer à ce corps une compétence générale pour connaître des choses de l'administration. Il nous dit en effet que : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » A côté de ce texte un autre plus précis vient toucher de plus près encore la question qui nous intéresse, c'est l'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII. Il est conçu en ces termes : « Le Conseil d'Etat prononce sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les Tribunaux, sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. »

Ainsi donc les ministres étaient dépouillés en principe, par la constitution de l'an VIII, de toute attribution contentieuse et lorsque des auteurs viennent soutenir que les ministres sont les juges du droit commun en matière administrative il devrait être suffisant à notre avis de leur rappeler le texte que nous venons de citer pour les convaincre, qu'il n'est rien de moins fondé ni de plus inexplicable que leur système.

Les textes législatifs de l'an VIII sont assez précis pour que l'on puisse dire qu'à cette époque toute attribution contentieuse a été en principe enlevée aux ministres.

C'est le Conseil d'Etat qui est jugé de droit commun en matière administrative, puisque la loi lui donne d'une façon générale, sans aucune énumération des cas où elle peut s'exercer, compétence absolue pour connaître des litiges où l'administration est en cause.

Confié tout d'abord à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le contentieux de l'administration fut considéré comme chose tellement importante que la connaissance en fut attribuée à une section spéciale de ce Conseil qui prit le nom de commission du contentieux.

On ne saurait apporter trop d'attention au rôle que joua cette section du Conseil d'Etat. Pouvant embrasser, comme le dit M. Laferrière, l'ensemble de la législation administrative et en dégager les règles de légalité applicables à tous les degrés de la hiérarchie, elle fit de sa jurisprudence le monument principal de la science administrative.

La loi du 28 pluviôse de l'an VIII relative à la division du territoire de la République et à l'administration a elle aussi une importance capitale. C'est à cette loi, en effet, que nous devons la création des plus importants Tribunaux administratifs inférieurs.

« Il y aura dans chaque département un préfet, un Conseil de préfecture et un Conseil général de département, lesquels rempliront les fonctions exercées maintenant par les administrateurs et commissaires de département. » Tels est le texte de l'art. 2 de cette loi.

Les Conseils de préfecture ont donc été dès leur apparition de véritables Tribunaux, puisque leurs membres étaient nommés par le pouvoir central uniquement à l'effet de rendre la justice en matière administrative dans les cas seulement, il est vrai, où un texte précis leur permettait d'en connaître.

Cependant longtemps on mit en doute le caractère des décisions des Conseils de préfecture. On prétendit que leurs jugements ne pouvaient avoir force exécutoire que s'ils étaient approuvés par un Tribunal. Il fallut des textes législatifs, joints aux efforts du Conseil d'Etat pour donner à ces décisions le caractère de véritables jugements. Ce ne fut qu'à la fin de l'Empire que les doutes se dissipèrent et que les avis et la jurisprudence du Conseil d'Etat furent écoutés.

Quelques années plus tard en 1807 la Cour des Comptes était réorganisée par la loi du 16 septembre et le décret du 28 septembre. Les arrêts que cette Cour rendit eurent de suite une autorité d'autant plus grande que ses magistrats jouirent du privilège de l'immovibilité.

La création du Conseil impérial de l'Université due au décret du 17 mars 1808 est également à signaler car au sein de ce Conseil il se forma une section du contentieux qui fut chargée de résoudre toutes les contestations relatives à l'enseignement, à l'administration générale des Académies et des écoles, aux membres de l'Université même quand des tiers étaient directement intéressés.

Le même décret plaça auprès du recteur un Conseil académique chargé de l'assister dans l'administration de l'Académie régionale à la tête de laquelle il était placé

et aussi de connaître de toutes les affaires contentieuses relatives aux écoles en général et aux membres de l'Université.

Nous devons à la législation du règne de Louis XVIII la création des Conseils privés des colonies et à celle du règne de Louis-Philippe les réformes salutaires qui rendirent aux Tribunaux administratifs en général et au Conseil d'Etat en particulier le prestige que les abus du régime précédent leur avaient enlevé.

La législation de la première moitié de notre siècle avait donc doté la France de véritables Tribunaux, propres aux choses de l'administration. Ce qu'il nous importe maintenant de rechercher, c'est en quoi toute cette nouvelle organisation répond au principe de la séparation des fonctions d'administrateur et de juge administratif.

Avant la constitution de l'an VIII, nous nous trouvions en face d'une confusion absolue des fonctions. Les créations nouvelles ont-elles fait disparaître cette confusion ? En d'autres termes, trouvons-nous en 1848, d'une part, des Tribunaux administratifs absolument indépendants de l'administration active et d'autre part les agents du pouvoir central, incompétents pour statuer en matière administrative contentieuse ?

Sans doute le Conseil d'Etat, ou plus exactement la section de ce Conseil chargée spécialement des affaires contentieuses, les Conseils de préfecture, les Conseils privés des colonies, les Conseils de révision sont bien des Tribunaux administratifs, mais il ne nous est point encore permis de les déclarer indépendants de l'administration active.

L'imperfection que nous signalons ici est surtout sensible dans l'organisation du Conseil d'Etat.

Le premier consul en s'entourant de conseillers et de légistes à l'exemple de nos anciens rois, ne leur donna aucun pouvoir propre de décision. Le Conseil d'Etat fut à son origine le Conseil du Chef de l'Etat et il garda ce caractère aussi bien sous le Gouvernement de juillet que sous la Restauration.

Durant toute cette période, le Conseil d'Etat ne rendit à proprement parler, jamais d'arrêts. Il ne faisait, et c'était là son seul droit, que préparer des ordonnances ou des décrets au contentieux qu'il présentait ensuite à la signature du Chef de l'Etat, administrateur actif en même temps que juge. On retrouve dans cette organisation des vestiges de l'ancien régime. Ce n'est, en effet, que la réapparition de la justice retenue, que la Révolution avait cependant bannie des prérogatives du pouvoir exécutif.

Cette infraction au principe aurait pu être grave par ses conséquences possibles. Lorsque la justice est retenue le Chef de l'Etat peut rendre des décrets contraires aux avis du Conseil d'Etat ou bien encore retarder indéfiniment la signature d'un décret au contentieux et par conséquent ne pas rendre la justice.

En pratique cependant, l'infraction n'eut pas cette conséquence fâcheuse. Le premier consul n'usa jamais du droit qu'il s'était réservé de rendre la justice. Il est impossible de citer un cas où l'avis de la Commission du contentieux n'ait pas été écoutée. Les décrets au contentieux du premier Empire n'ont jamais été que l'image fidèle, la copie du rapport fourni par cette Commission.

Sous la Restauration, les affaires du contentieux de

l'administration, d'après les ordonnances de 1815 et de 1828 durent être jugées par l'assemblée générale du Conseil d'Etat. La confusion fut alors plus grande. L'assemblée générale du Conseil d'Etat comprenait en effet non seulement les conseillers en service ordinaire, seuls membres ayant le caractère de véritables magistrats mais encore les conseillers en service extraordinaire, c'est-à-dire les grands de la maison du roi et les ministres. De plus, prenaient aussi part à la délibération et au jugement, les conseillers qui avaient concouru soit dans les comités, soit dans les ministères à la préparation des décisions attaquées. C'était bien là, consentir à ce qu'il soit permis d'être juge et partie dans la même affaire. Souvent alors, les avis du Comité du contentieux furent annihilés ainsi que ceux des conseillers ordinaires et le Conseil d'Etat ne fut plus que le jouet des administrateurs. Avec une semblable désorganisation, il est aisé de comprendre les attaques nombreuses dont ce corps fut l'objet de la part du parti libéral qui ne voulait point admettre l'existence d'une justice retenue.

Lorsque ce parti fut au pouvoir, après la révolution de 1830, il ne fut plus question de faire disparaître le corps contre lequel on avait tant lutté, mais les ordonnances de 1831 rendirent au Conseil d'Etat son indépendance. Le Comité de justice administrative composé de conseillers qui n'avaient pas pris part à la préparation de l'acte incriminé, vit ses avis respectés et écoutés par le Chef de l'Etat et si le Conseil d'Etat restait encore en théorie, le Conseil du Chef de l'Etat en pratique, au moins, il eut assez d'indépendance pour établir une jurisprudence solide.

Cependant on peut citer un cas où le roi Louis-Philippe refusa de signer l'arrêt préparé par le Conseil d'Etat dans une affaire contentieuse, paralysant ainsi, pendant de longues années, le droit des particuliers.

Ce fut en 1842, relativement à une contestation qui s'était élevée entre un particulier et l'Administration des domaines ; le roi refusa sa sanction au projet d'ordonnance et l'arrêt ne put être rendu qu'après de nouveaux débats sous un autre Gouvernement.

Les Conseils de préfecture sont assurément les Tribunaux administratifs qui, à cette époque, satisfont le mieux aux règles qui découlent du principe de la séparation. Plus que tous autres ces Tribunaux sont indépendants de l'administration active.

Avant la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, l'action, la délibération et la juridiction étaient confiées au même corps. Cette loi sépara ces trois fonctions donnant aux préfets le droit d'administrer, aux Conseils généraux celui de délibérer et enfin aux Conseils de préfecture celui de juger.

Les membres des Conseils de préfecture ne sont pas des administrateurs actifs ; ce sont de vrais juges administratifs. Cependant en donnant au préfet la présidence du Conseil de préfecture avec voix prépondérante, la loi de pluviôse apporta une restriction à l'application du principe ; souvent, en effet, l'autorité du préfet et son titre de président ont pu entraîner les juges à suivre son avis.

Les ordonnances de 1825 à 1828 avaient établi dans nos principales colonies, une institution analogue aux Conseils de Préfecture celle des Conseils privés.

Ces Conseils privés eurent à leur création le double caractère de corps consultatif et de juridiction contentieuse. Au point de vue de la séparation des fonctions leur organisation fut donc plus défectueuse que celle des Conseils de préfecture. Ils furent composés essentiellement d'administrateurs actifs, le gouverneur de la colonie en fut le président, ce n'est donc point là une organisation qui puisse nous satisfaire. Cependant ces ordonnances de la Restauration firent de ces Conseils privés des Tribunaux ordinaires en matière d'administration coloniale, en leur donnant une compétence générale en matière de contentieux administratif. Sans doute on trouve dans les textes des ordonnances une énumération des cas où les Conseils privés peuvent exercer leur pouvoir juridictionnel mais ces énumérations se terminent toujours par un article additionnel attribuant à ces Conseils compétence pour connaître en général du contentieux administratif. Pareille attribution n'a jamais été donnée aux Conseils de préfecture.

Il y a en France dans la période dont nous nous occupons, un Tribunal administratif à l'égard duquel la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif existe d'une façon presque absolue. C'est la Cour des Comptes.

Pourquoi ce Tribunal administratif seul répond-il aux règles de notre principe ?

Les Cours des Comptes de l'ancien régime avaient disparu avec la Révolution et pendant toute la période révolutionnaire et même le Consulat, les attributions de ces Cours furent dévolues, suivant les constitutions, à des autorités différentes; toutes ces constitu-

tions mirent les comptables à la merci de l'administration supérieure. Il faut arriver au premier Empire, à la loi du 16 septembre 1807, pour voir ce système totalement abandonné. Cette loi de 1807 créa une Cour des Comptes unique pour toute la France. Par sa composition et surtout par la qualité d'inamovibilité de ses membres, la Cour des Comptes ressemble à un Tribunal judiciaire. C'est cependant bien un Tribunal administratif puisqu'elle rend des arrêts susceptibles du pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

C'est cette inamovibilité dont jouissent les conseillers maîtres, seuls en principe chargés de juger, qui rend cette Cour de justice indépendante de l'administration active.

Cependant malgré cette supériorité incontestable que possède la Cour des Comptes sur les autres Tribunaux que nous avons passés en revue, à l'égard du principe spécial que nous avons en vue, nous ne pouvons pas encore nous déclarer absolument satisfaits. En effet, à côté de ses attributions juridictionnelles la Cour des Comptes possède encore des attributions de contrôle administratif sur les comptes des ordonnateurs (1).

Nous avons donc raison tout à l'heure de ne pas affirmer l'existence d'une absolue séparation de l'administration active et de la juridiction administrative dans l'organisation de la Cour des Comptes. Et cependant, si nous comparons les résultats auxquels nous fait abou-

(1) Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 217.

tir l'étude du fonctionnement de la Cour des Comptes en 1848 à ceux auxquels nous conduisent la revue que nous avons faite des autres Tribunaux administratifs nous ne pouvons que regretter leur indiscutable dissemblance.

A la question que nous nous sommes posée plus haut : les Tribunaux administratifs sont-ils en 1848 indépendants de l'administration active ? nous sommes obligés de répondre négativement. Cependant la législation de cette première moitié du siècle a fait faire un grand pas au principe dont nous suivons l'évolution. si la juridiction administrative est encore sous le joug de l'administration active, tout au moins elle existe. Toute une organisation nouvelle, le Conseil d'Etat, les Conseils de préfecture, tous les corps dont nous avons parlé, sont venus recueillir les attributions juridictionnelles dévolues autrefois aux administrateurs actifs. Quelques-uns d'entre eux, les Conseils de préfecture, n'ont même que des attributions juridictionnelles. C'est un progrès, un progrès réel sur l'organisation de l'époque révolutionnaire. Toute institution naissante ne peut, dès les premiers jours, vivre d'une vie propre, il faut nécessairement, avant qu'elle ait assez de force pour s'imposer à tous, que ses pas chancelants soient guidés par une autorité fortement établie. Une fois grandie, une fois forte, alors seulement, elle peut se dégager des liens qui l'enchaînaient, prétendre vivre seule et lutter pour s'assurer une complète indépendance.

A cette règle générale durent obéir les juridictions administratives. A l'époque où nous sommes arrivés,

elles viennent seulement de naître. Faibles elles sont encore et leur autorité ne peut se faire sentir que grâce à l'appui de l'administration active, vieux et solide rouage dont nul ne conteste les pouvoirs étendus. N'est-ce point grâce à elle, qu'on a reconnu aux décisions des Conseils de préfecture, le caractère de véritables jugements ? Pourquoi voyons-nous la Cour des Comptes instituée cependant postérieurement aux autres Tribunaux, acquérir presque dès sa naissance une autorité incontestée ? Sans doute, ses magistrats étaient inamovibles, mais ce n'est pas là, à notre avis la raison principale de ce rapide succès. N'est-ce point plutôt parce qu'il y avait eu autrefois des Tribunaux de ce nom parce que, depuis des siècles, les comptables de deniers publics étaient justiciables des Cours des Comptes, parce qu'en somme, on ne faisait que rendre à des serviteurs le maître auquel ils avaient toujours obéi.

Oui, c'est bien parce que toute institution naissante ne peut être abandonnée à elle-même, que pendant cette première moitié du xix^e siècle, nous ne pouvons qu'apercevoir faiblement la marche de notre principe. L'administration active est encore la dispensatrice de la justice administrative. Au lieu d'agir directement, elle a confié ses attributions juridictionnelles à des corps qui dépendent d'elle, mais aux yeux de la doctrine dominante, les chefs de l'administration active, les ministres sont encore les juges de droit commun en matière administrative. Ils ont délégué leurs droits, mais nul ne veut croire qu'ils s'en sont dépouillés.

En matière administrative, en 1848, le vieux principe

de la justice retenue, depuis longtemps cependant condamné en France, résistait donc encore à la proscription dont il avait été l'objet. Déjà, en 1845, lors du vote de la loi organique sur le Conseil d'Etat, on crut sa fin prochaine, il fallut la révolution de 1848 pour le condamner de nouveau.

SECTION III

Evolution due à la législation de la seconde République.

L'œuvre de la seconde République à l'égard des Tribunaux administratifs est d'une importance capitale.

Nous ne verrons plus à partir de ce jour l'existence de ces juridictions mise en question et nous verrons, au contraire, l'Assemblée constituante chargée d'élaborer la nouvelle constitution, travailler avec ardeur pour donner à ces Tribunaux l'indépendance vis-à-vis de l'administration active, nécessaire à leur fonctionnement.

L'organisation des différents corps que comprend la juridiction administrative, va être modifiée de manière à les isoler de l'administration active et à les dégager, principalement la juridiction supérieure, de l'ancienne tradition de la justice retenue.

Le projet de constitution présenté le 30 août 1848 à l'Assemblée constituante comprenait une nouvelle organisation de la juridiction administrative.

Les articles 87, 88, 89 et 92 disaient en effet : « Dans chaque département, un Tribunal administratif sera chargé de statuer sur le contentieux de l'administration. Les membres de ce Tribunal seront nommés par le Président de la République sur une liste de can-

didatures présentée par le Conseil général du département. Il y aura pour toute la France un Tribunal administratif supérieur qui prononcera sur tout le contentieux de l'administration et dont la composition, les attributions et les formes seront réglées par la loi. »

D'après ce projet de loi, le Conseil d'Etat était dépouillé du rôle de juridiction administrative qui était attribué à un Tribunal supérieur.

Le Conseil d'Etat demeurerait malgré tout, et devait remplir le rôle de Conseil politique et administratif, chargé de préparer les lois, les règlements administratifs et ayant le contrôle et la surveillance de l'administration.

Ce projet de constitution ne fut pas intégralement voté. Aucun Tribunal administratif supérieur ne fut créé à côté et en place du Conseil d'Etat qui demeura l'organe de la juridiction administrative supérieure.

C'est la loi du 3 mars 1849, qui concilia les idées de Crémieux, qui avaient fait rejeter l'idée de création d'un Tribunal, autre que le Conseil d'Etat, avec celles de la Commission.

Ce que la Commission voulait, c'était un Tribunal administratif indépendant de l'administration, un corps qui ne fût pas comme le Conseil d'Etat l'avait été jusqu'alors, un Conseil du chef de l'Etat.

La Commission voulait, en un mot abolir l'application du principe de la justice retenue, ce fut bien le but que poursuivit et réalisa la loi du 3 mars 1849.

Cette loi créa un véritable Tribunal administratif au sein même du Conseil d'Etat; ce fut la section du contentieux qui fut seule chargée d'exercer la juridiction

supérieure et qui eut le droit de rendre des décisions ayant force exécutoire.

On comprend dès lors quel progrès énorme cette loi accomplit à l'égard du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

On avait enfin une juridiction supérieure ayant le droit de rendre la justice par délégation, une juridiction ayant une existence propre et dont les membres étaient complètement étrangers à l'administration active.

Les conseillers de la section du contentieux ne pouvaient en effet jamais prendre part à la préparation des lois et règlements administratifs confiés au Conseil d'Etat; ils n'étaient donc ainsi jamais juge et partie dans la même affaire. D'ailleurs la loi de 1849 vint interdire à la section du contentieux de s'immiscer dans les affaires d'administration en donnant au ministre de la Justice, le droit de revendiquer devant elle, les affaires qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif et sur son refus de porter cette revendication devant le Tribunal des Conflits.

Nous ne pouvons ici parler du Tribunal des Conflits sans dire que cette institution nous est encore due à la législation de la seconde République.

Il fut institué par l'article 89 de la constitution de 1843, qui lui donna comme attribution de juger les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, affaires auparavant de la compétence du Conseil d'Etat.

Pour ce qui est des Tribunaux administratifs de premier ressort, on songea à leur donner une nouvelle

organisation, aussitôt après le vote de la loi de 1849 sur le Conseil d'Etat. Ce corps lui-même fut chargé d'élaborer un projet ayant trait à toute la législation de l'administration intérieure, et comprenant par conséquent les Conseils de préfecture. Le 9 avril 1851, la partie du projet relative aux Tribunaux administratifs de premier ressort était adoptée par le Conseil et transmise à une commission de l'Assemblée législative qui n'y apporta que quelques modifications sans importance. Le coup d'Etat du 2 décembre en empêcha le vote et arrêta ainsi l'œuvre de réorganisation qui avait été si activement entreprise.

Il nous est nécessaire, pour avoir une idée complète de l'esprit de la législation de la seconde République à l'égard des Tribunaux administratifs, de retracer en quelques mots les modifications importantes qui étaient apportées à l'organisation des Conseils de préfecture par le projet de loi élaboré par le Conseil d'Etat en 1854 et adopté par lui sur le rapport de M. Boulatignier.

Pour offrir plus de garantie aux justiciables, les conseillers de préfecture, pour obtenir ce titre, durent remplir certaines conditions. Il fallut être âgé de 25 ans au moins. être licencié en droit ou avoir exercé des fonctions administratives ou judiciaires pendant un certain laps de temps ou encore avoir été conseiller général ou maire, au moins pendant six ans.

De cette façon les conseillers de préfecture devenaient de véritables magistrats au même titre que les membres des corps judiciaires.

Le rapport de M. Boulatignier portait de plus une innovation qui aurait eu un grand retentissement. Il

déclarait les Conseils de préfecture compétents pour toutes les affaires qui n'étaient pas attribuées par la loi à une autre autorité.

C'était faire des conseillers de préfecture les juges de droit commun, en matière de contentieux administratif et enlever au Conseil d'Etat cette prérogative. Aussi cette partie du rapport sur l'organisation des Conseils de préfecture fut elle repoussée par le corps dont elle aurait ainsi diminué l'importance, et les Conseils de préfecture ne restèrent compétents d'après le texte adopté, comme par le passé, que pour les matières contentieuses dont la connaissance leur était attribuée par une disposition législative.

La législation de la seconde République, si la durée de ce régime en avait permis l'exécution, aurait donc à tous les degrés réalisé l'application du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative. Sauf de rares exceptions, dont nous parlerons dans un chapitre suivant, toute juridiction était refusée aux administrateurs actifs et en particulier aux ministres.

Le Conseil d'Etat, indépendant de l'administration active tout au moins en ce qui concerne la section du contentieux, devenait vraiment le juge de droit commun du contentieux administratif, connaissant soit en premier ressort, soit en appel de tout ce qui pouvait y être compris.

Les Conseils de préfecture, les Conseils privés des colonies, indépendants aussi de l'administration, étaient organisés de façon à offrir aux particuliers la plus grande sécurité.

La législation de la seconde République a donc apporté à notre principe un tribut considérable. Avant elle, sans doute nous avions des juridictions administratives, nous avions un Conseil d'Etat, nous avions des Conseils de préfecture, nous avions enfin tous les corps que nous considérons aujourd'hui, quelquefois encore à tort comme des Tribunaux administratifs, mais pas un seul d'entre eux n'était indépendant de l'administration active. Grâce à elle, grâce à la loi de 1849, nous possédons en 1851 un Tribunal administratif supérieur doué d'une existence propre, rendant lui-même des arrêts ayant force exécutoire, sans qu'il soit nécessaire à une main plus autorisée d'y apporter la signature qui les faisait respecter autrefois. Les idées libérales ont fait leur chemin, entraînant avec elles les principes qui en seront toujours les conséquences et entre autres, celui de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative. Le principe de la justice retenue a disparu. Le Comité du contentieux indépendant de l'administration active est juge de droit commun en matière administrative. Le projet de loi de 1851, « ce vaste projet embrassant toute la législation de l'administration intérieure (1) », allait, comme nous l'avons vu, donner une organisation nouvelle aux Tribunaux administratifs de premier ressort, il allait leur donner plus d'indépendance, il allait les soustraire à la tutelle des administrateurs actifs, lorsque le coup d'Etat de 1851 vint arrêter les artisans de ces admirables réfor-

(1) Laferrière. *Op. cit.*, p. 253.

mes dans leur œuvre de réorganisation. Le parti libéral était vaincu; ses efforts étaient annihilés, l'Empereur allait détruire ce qu'il avait édifié, faire échouer tous ses projets, et faire revivre encore une fois le principe de la justice retenue.

SECTION IV

Evolution due à la Législation du second Empire.

L'organisation de la juridiction administrative qu'avait établie la législation de la seconde République était trop libérale, en effet, pour subsister après le rétablissement de l'Empire. Napoléon III revint aux institutions du Consulat. La constitution du 14 janvier 1852 le déclare d'ailleurs dans son préambule.

Le progrès énorme qu'avait accompli, sous le régime précédent, le principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative, fut donc éphémère.

Le Conseil d'Etat n'est plus, de nouveau, que le Conseil du Chef de l'Etat. « Le décret organique du 25 janvier 1852, complétant l'œuvre d'actes dictatoriaux antérieurs, rétablit en effet le système des décrets au contentieux et remit la juridiction administrative supérieure sous la tutelle omnipotente du Chef de l'Etat (1). »

Le Conseil d'Etat revint à ce qu'il était avant 1848. La loi du 19 juillet 1845 qui avait ordonné la publicité

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 13.

des audiences et donné aux avocats le droit de fournir oralement des observations, resta en vigueur.

De plus, le rôle de la Commission du contentieux reçut quelques attributions dont elle était privée dans l'ancien système monarchique.

Autrefois, c'est-à-dire jusqu'en 1848, la Commission du contentieux n'avait jamais le droit de juger elle-même un litige. Le décret du 25 janvier 1852 lui accorda ce droit pour les affaires dans lesquelles il n'y avait pas de constitution d'avocat. Dans tous les autres cas elle ne pouvait qu'instruire les affaires et préparer les décisions que le Chef de l'Etat, seul, rendait en Conseil d'Etat.

Cette innovation est importante au point de vue qui nous occupe, c'est la reconnaissance, dans des cas très limités il est vrai, d'une juridiction propre au Conseil d'Etat ; mais cependant cette attribution de la Commission du contentieux n'était que facultative, et pouvait disparaître sur la simple demande formulée par un conseiller ou un commissaire du Gouvernement, de renvoyer l'affaire à l'assemblée du Conseil d'Etat.

Si l'on rapproche cette innovation d'une seconde qui consista à composer l'assemblée du Conseil d'Etat, délibérant au contentieux de la section du contentieux toutentière et de deux membres seulement de chacune des autres sections, il est facile de reconnaître que ce ne sont que des concessions faites au principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

L'empereur ayant eu pour but de rétablir les institutions du Consulat et de l'Empire nous devrions retrouver

dans le Conseil d'Etat de 1852 l'image fidèle de celui du premier Empire.

S'il n'en a pas été ainsi, c'est qu'il fut impossible à notre second empereur de ne pas compter un peu avec l'esprit général, avec le mouvement qui s'était fait dans les idées de la majorité, et aussi avec les habitudes de justice et d'équité qu'avait créées la mise en pratique des principes de la Révolution.

En faisant ainsi des concessions aux idées de l'époque, il ouvrit une brèche au rempart dont il s'était entouré pour fortifier son pouvoir et assurer le fonctionnement de son gouvernement, et en ce qui nous concerne, permit au Conseil d'Etat d'augmenter son autorité en étendant, par sa jurisprudence le champ de sa compétence.

Dans un sentiment d'équité, auquel les contemporains ont rendu justice, il facilita par tous les moyens qui furent en son pouvoir, l'accès devant lui des réclamations formées contre des actes irréguliers de l'administration.

Il donna une extension considérable au recours pour excès de pouvoir, en cherchant en même temps à réduire autant que possible, le nombre des décisions prises par les administrateurs et qui étaient ainsi soustraites à tout débat contentieux.

Le décret du 2 novembre 1864 vint donner force exécutoire à cette jurisprudence, en permettant au Conseil d'Etat de connaître directement des recours formés contre les actes des administrateurs, si les ministres n'avaient pas statué dans les quatre mois de la réclamation.

Mais le Conseil d'Etat ne devait pas pouvoir, avant 1870, secouer le joug sous lequel la constitution de 1852 l'avait placé. Il resta en principe, malgré ses nombreux efforts, le Conseil du Chef de l'Etat et ne reprit son pouvoir propre de juridiction qu'après la chute du régime impérial.

L'empereur respecta toujours en principe les décisions prises par le Conseil d'Etat. Cependant, on peut citer un cas où il usa du droit qu'il s'était arrogé. Deux magistrats de la Cour de cassation réclamaient des traitements arriérés, un décret au contentieux, délibéré en juillet 1852, avait accueilli leur demande, l'empereur refusa de signer le décret et, pendant neuf ans paralysa ainsi l'action de la justice.

Pendant cette période de recul que fut le second empire, au point de vue du principe dont nous suivons l'évolution, la question de la suppression des attributions du Conseil de préfecture en matière contentieuse fut posée. Si elle avait reçu une réponse favorable, nous assisterions à un retour à la confusion absolue des fonctions, et nous nous trouverions transportés à l'époque des Directoires de départements.

La loi de 1865, lors du vote de laquelle cette question fut soumise au scrutin, se contenta d'améliorer l'organisation des Conseils de préfecture et d'apporter quelques modifications à la procédure à suivre devant eux, promettant à ce dernier point de vue, de nombreuses règles sur lesquelles il devait être statué par une loi dans un assez court délai. Cette loi, tant promise, se fit longtemps attendre, car ce ne fut qu'en 1889 qu'elle fut promulguée.

Nous ne pouvons passer sous silence, en disant ces quelques mots sur la juridiction des Conseils de préfecture, l'amendement que M. Jérôme David tenta d'apporter au texte de la loi de 1865. Cet amendement réservait au vice-président des Conseils de préfecture, dont la fonction était créée par ladite loi de 1865, la présidence des débats contentieux à l'exemple du projet de 1851. C'eût été là, comme nous l'avons fait remarquer en parlant de ce projet de loi, donner un nouvel essor au principe de la séparation des fonctions qui, strictement appliqué entraînerait l'exclusion absolue du préfet des Conseils de préfecture, jugeant au contentieux. Cet amendement fut repoussé à une faible majorité. En revanche, on attribua à ces Tribunaux toute compétence pour statuer sur les affaires contentieuses, qui, autrefois, étaient jugées en Conseil de préfecture c'est vrai, mais par le préfet, le Conseil n'ayant alors que le droit de donner des avis.

Le second Empire donc, au point de vue du principe de la séparation des fonctions d'administrateur et de juge, peut être considéré comme une période de recul. L'œuvre des législateurs de 1848 était abandonnée tout au moins à l'égard de la juridiction administrative supérieure. On conservait bien les grandes lignes du projet de loi de 1851 sur les Conseils de préfecture, mais on y apportait de telles modifications dans les détails, que l'esprit qui en avait dirigé l'élaboration ne pouvait plus y être distingué.

La chute de l'Empire entraîna avec elle toute cette organisation et notre principe reparaît en 1870, avec des défenseurs tels que son adoption dans la pratique devint indiscutable et presque indiscutée.

SECTION V

Evolution due à la Législation de la troisième République.

Un des premiers actes du Gouvernement de la défense nationale fut de suspendre de leurs fonctions les membres du Conseil d'Etat. Ce corps, qui n'avait été durant toute cette période du second Empire que le Conseil de l'empereur, ne pouvait en effet subsister après la chute de ce régime. Les idées républicaines étaient incompatibles avec l'application du principe de la justice retenue, que le décret de 1852 avait réalisée.

Le décret du 15 septembre 1870 supprima le Conseil d'Etat de l'Empire et créa une Commission provisoire, chargée de remplir le rôle de Tribunal administratif supérieur, à l'égard des affaires administratives et contentieuses urgentes.

Enfin, la loi du 24 mai 1872, au point de vue qui nous occupe, remit les choses au point où elles étaient sous la seconde République. C'est l'article 9 de cette loi qui affirme le pouvoir propre de juridiction du Conseil d'Etat. Dès lors, les décisions de ce corps furent de véritables arrêts et non plus simplement des décrets au contentieux.

La justice administrative était enfin définitivement déléguée à un Tribunal supérieur et non plus retenue par le Chef de l'Etat comme une de ses attributions.

A partir de 1872, le Conseil d'Etat devint donc un véritable Tribunal administratif supérieur, et le principe de la séparation des fonctions d'administrateur et de

juge accomplit un progrès énorme, qui ne fit que s'accroître de jour en jour, grâce à la jurisprudence éclairée de cette assemblée.

L'article 9 de cette loi nous dit en effet : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse, administrative... » A côté de cet article, qui vient doter le Conseil d'Etat, ou plus exactement la section du contentieux et l'assemblée spéciale de ce Conseil, statuant au contentieux d'un droit propre de juridiction, un autre, l'article 20 vient apporter un tribut nouveau au principe de la séparation, en interdisant aux membres du Conseil d'Etat qui ont contribué à la préparation d'un décret, de participer au jugement des litiges auxquels il donne naissance. Cet article nous montre l'esprit général qui présida à la préparation de cette loi sur le Conseil d'Etat. On cherche à donner aux juges le plus d'indépendance possible, c'est bien un Tribunal que l'on veut organiser et un Tribunal composé de véritables juges libres et indépendants. On retrouve aussi dans cette loi de 1872 la prohibition déjà contenue dans la loi de 1849, faite à la section du contentieux, d'empiéter sur les attributions du pouvoir exécutif. Ses membres sont dotés d'attributions juridictionnelles et ne doivent point en exercer d'autres. « Les ministres, dit l'article 26 de la loi de 1872, ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. »

Depuis 1872, nous avons donc, en France, un Tribunal administratif supérieur. Sans doute, depuis sa réorganisation, le Conseil d'Etat, en tant que Tribunal

administratif, a fait l'objet de nombreux projets de loi, d'une loi même, celle du 26 octobre 1888, mais cette législation récente ne doit attirer que médiocrement notre attention, puisqu'elle ne donne pas une perfection plus grande à la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif. La loi de 1888, qui crée une section temporaire du contentieux au sein du Conseil d'Etat, les projets ou propositions de loi de 1891 et de 1892, tendant à augmenter le nombre des membres de la section du contentieux et à diviser cette dernière en deux sous-sections, ne doivent leur existence qu'à l'accroissement considérable du nombre des affaires rentrant dans le contentieux administratif, accroissement dû essentiellement à la confiance inspirée par le Tribunal supérieur administratif.

Les Conseils de préfecture sont encore de nos jours ce qu'ils ont été depuis le commencement du siècle. Cependant, en 1889, une loi est venue régler la procédure à suivre devant ces Tribunaux administratifs. Cette loi de 1889, dont nous ne pouvons indiquer ici que l'esprit général, pour ne pas sortir du cadre de notre étude, fut conçue d'une façon pratique et libérale. Son but a été de donner aux plaideurs les plus grandes garanties, et tout en réglant la procédure, de ne pas nuire à la célérité des instances.

A côté de cette loi de 1889 nous pouvons citer un projet de loi de 1887 soumis au Conseil d'Etat le 13 mars 1888, adopté par lui le 27 juin 1899 avec quelques modifications acceptées par le Gouvernement. Ce projet est pour nous intéresser puisque, entre autres réformes, il y était question d'enlever au préfet

la présidence du Conseil de préfecture et de donner aux vice-présidents le titre de président. Ces Tribunaux administratifs auraient, de ce fait, acquis une indépendance plus complète à l'égard de l'administration active, mais ce louable effort n'a point encore reçu de sanction et nous attendons encore qu'une proposition nouvelle vienne faire revivre le projet dont nous venons de parler et qu'en 1892 la Commission de la Chambre des députés chargée de l'examiner, avait accueilli favorablement.

Conseil du contentieux des Colonies. — La séparation des fonctions établie par l'organisation des Conseils de préfecture n'est point un principe respecté dans celle des Conseils analogues dans les colonies.

De nos jours encore, la confusion des fonctions persistent : ce sont des administrateurs, le Gouverneur, les membres des Conseils privés qui composent les Conseils du contentieux des colonies. Il leur est même joint deux magistrats de l'ordre judiciaire ; nous nous trouvons donc ici en présence d'une organisation spéciale qui ne respecte même pas strictement le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, mais qui est peut-être nécessaire, étant donnée la difficulté éprouvée par le Gouvernement à recruter des fonctionnaires pour nos colonies.

Avec les Conseils de préfecture et les Conseils du contentieux des colonies, nous avons vu les juridictions qui ont aujourd'hui une compétence administrative générale, sans être pour cela illimitée, nous avons indiqué quelle place elles donnent au principe de la

séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif.

Les juridictions spéciales dont la compétence est restreinte à une certaine catégorie d'affaires, telles que la Cour des Comptes, les Conseils de révision, le Conseil supérieur de l'Instruction publique, les Conseils académiques, semblent avoir été organisés dans un esprit tout différent. Sauf en ce qui concerne la Cour des Comptes qui, comme nous l'avons vu, est composée de véritables magistrats, la confusion des fonctions y est absolue. Tous les membres de ces corps auxquels on ne peut donner, qu'à regret, le titre de Tribunaux sont fonctionnaires actifs, en même temps que juges.

Dans une thèse récente, M. G. Compayré déplore cet état de choses, en ce qui concerne les juridictions universitaires. « On peut adresser des critiques justifiées à la composition et au fonctionnement de ces Conseils considérés en tant que Tribunaux administratifs. La composition de ces Conseils est en contradiction absolue avec le principe, aujourd'hui admis, que la juridiction administrative ne doit pas être remise aux mêmes mains que l'administration active. En effet les Conseils universitaires comprennent parmi leurs membres et ont pour présidents des administrateurs dont les actes peuvent faire l'objet de recours contentieux portés devant ces Conseils mêmes (1). »

Nous ne pouvons que nous associer au dire de

(1) G. Compayré, *Des Juridictions universitaires*, thèse, Lyon, 1899, p. 259.

M. Compayré, en faisant remarquer que les défauts qu'il signale dans l'organisation des Conseils universitaires se retrouvent dans celle de tous les autres Tribunaux spéciaux d'ordre administratif.

Tels sont les résultats auxquels nous conduit un examen attentif de la législation moderne. Si en ce qui concerne le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture, ils sont de nature à satisfaire, dans une assez grande mesure, le principe de la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif, ils sont, au contraire, à l'égard des autres Tribunaux du même ordre, à peines tangibles.

Malgré ces imperfections, nous sommes aujourd'hui bien loin de l'organisation juridictionnelle administrative de la première moitié du siècle. Alors qu'en 1848 nous n'avions encore que des Tribunaux administratifs sous le joug direct de l'administration active, nous avons aujourd'hui des corps doués d'un pouvoir propre de juridiction, des corps, pour quelques-uns au moins, indépendants de l'administration active, nous avons un Conseil d'Etat qui n'est plus seulement l'instrument du pouvoir exécutif, mais un véritable Tribunal administratif supérieur.

Mais est-ce bien aux législations de la seconde et de la troisième République qu'il faut attribuer les résultats auxquels nous arrivons. Si nous nous souvenons qu'en 1848 les ministres étaient encore, aux yeux de tous, les juges de droit commun, en matière administrative, malgré les termes cependant clairs et précis de la constitution de l'an VIII ; si comme nous l'avons dit, peu de gens croyaient alors que s'ils avaient délégué

quelques-uns de leurs droits, ils s'en soient à jamais dépouillés, nous devrions trouver, dans la législation que nous venons de parcourir, des textes formels refusant aux administrateurs actifs toute attribution juridictionnelle pour que les résultats obtenus soient dus à nos législateurs.

Sans doute, l'article 9 de la loi de 1872 donne au Conseil d'Etat un pouvoir propre de juridiction, mais pas un texte ne vient enlever aux administrateurs actifs les attributions contentieuses dont incontestablement ils étaient dotés autrefois. Ce n'est pas en effet dans notre législation qu'il faut chercher les causes de semblables résultats.

Le Conseil d'Etat devenu Tribunal administratif supérieur, ayant le pouvoir de rendre des arrêts, ayant force exécutoire, timidement d'abord, puis plus fermement, grâce à l'autorité de plus en plus grande qu'il prenait, disputa et enfin refusa aux administrateurs actifs toute attribution juridictionnelle. C'est donc en suivant pas à pas la jurisprudence de ce Tribunal supérieur, que nous trouverons la solution du problème que nous nous sommes posé. C'est par elle que nous connaissons les phases de cette longue lutte, dans laquelle les adversaires n'ont point encore désarmé et dont l'issue prochaine consacrera l'indépendance du Conseil d'Etat et l'incompétence absolue des administrateurs actifs, des ministres, par conséquent, en matière contentieuse administrative.

CHAPITRE III

Le Principe de la Séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative et la Jurisprudence du Conseil d'Etat.

Les réformes législatives dont il a été question avaient laissé subsister, à un certain point de vue, la confusion entre l'administrateur actif et le juge administratif. Les membres des Tribunaux administratifs, et ici nous avons en vue surtout le Conseil d'Etat statuant au contentieux, étaient bien indépendants de l'administration active, mais les administrateurs actifs « avaient conservé, aux yeux de la doctrine dominante, une juridiction contentieuse assez vaste (1) ». Les maires, les sous-préfets, les préfets et surtout les ministres sont encore pris pour des juges administratifs. Ces derniers sont même encore considérés par de savants auteurs (2) comme les juges de droit commun à l'égard du contentieux de l'administration.

(1) Appleton, *Op. cit.*, p. 13.

(2) Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, 7^e éd., p. 162.

La tâche que nous nous sommes tracée est lourde et grosse de difficultés. Cette question du ministre juge, qui, depuis 1863, a fait l'objet de polémiques sans nombre, divise encore aujourd'hui la doctrine. Ce qu'il nous importe à nous de rechercher, c'est le mouvement des idées, la marche toujours accentuée vers cette séparation des fonctions. Jusqu'en 1863, les attributions contentieuses des ministres n'avaient encore point fait l'objet de sérieuses controverses et aujourd'hui le Conseil d'Etat paraît disposé à leur refuser dans tous les cas le caractère de juge. Voilà une volte-face presque complète, dont il nous paraît nécessaire de suivre l'évolution.

SECTION I

Les ministres ne sont point les juges de droit commun en matière administrative.

Le premier point que le Conseil d'Etat chercha à établir fermement, c'est sa compétence générale en matière administrative. Dans la législation, il trouva aisément des textes qui lui permirent d'acquérir rapidement le titre de juge de droit commun. L'article 52 de la constitution de l'an VIII, le règlement du 5 nivôse de la même année et enfin l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, dont nous avons fait remarquer la portée précédemment, étaient assez formels et assez clairs pour faire admettre sans difficultés les prétentions du Tribunal administratif supérieur.

L'article 52 de la constitution de l'an VIII à lui seul suffirait à prouver le bien fondé de pareille solution,

puisqu'il dit que le Conseil d'Etat est institué pour « connaître des difficultés qui s'élèvent en matière administrative et prononcer sur les affaires précédemment remises aux ministres. »

M. Ducrocq ne donne à cet article qu'une faible portée et ne lui reconnaît pas d'autre but que celui d'instituer le Conseil d'Etat juge d'appel des ministres, et prétend qu'il n'enlève en aucune façon à ces derniers, le caractère de juge de droit commun du premier degré (1).

Cette interprétation de l'article 52 ne nous paraît pas être conforme à la vérité ; cependant quelque chose milite en sa faveur, c'est l'heure tardive à laquelle le Conseil d'Etat songea à se prévaloir de sa qualité de juge de droit commun, que ce texte, à notre avis, lui confère. Si nous nous reportons à l'histoire du Conseil d'Etat, il est aisé de trouver l'explication de cette tardive revendication. Jusqu'en 1872, le Conseil d'Etat, sauf pendant la très courte durée de la seconde République, n'avait jamais été indépendant de l'administration active. L'organisation de la loi de 1872 est venue lui donner cette indépendance. A partir de cette date seulement, il a une existence propre qu'il a besoin d'affermir ; aussi pendant les dix premières années de son avènement ne peut-il qu'accepter l'état de chose existant et ce n'est qu'une fois l'autorité de ses arrêts fermement établie qu'il peut songer à revendiquer les pouvoirs qui lui avaient été conférés.

Voilà pourquoi il faut arriver en 1882 pour voir le

(1) Ducrocq, *Cours pr. adm.*, 7^e édit., p. 162 et suiv.

Conseil d'Etat se proclamer définitivement juge administratif de droit commun.

C'est en matière de recours incidents, à la suite de questions préjudicielles soulevées devant l'autorité judiciaire que cette prétention du Conseil d'Etat s'est manifestée pour la première fois.

Dans un arrêt du 28 avril 1882 (D. P. 83. 3.89), le Conseil d'Etat, statuant sur la question de savoir si, dans le cas où l'autorité judiciaire renvoie les parties devant l'autorité administrative à l'effet de faire statuer sur la validité d'un acte administratif (dans l'espèce sur la question de savoir si une approbation donnée par un secrétaire général de préfecture est régulière), la question peut être portée directement devant le Conseil d'Etat, alors qu'aucun texte ne fixe la compétence, répondit affirmativement.

Cette solution constituait cependant l'abandon complet d'une jurisprudence résultant de plusieurs arrêts récents. En effet, le 25 juin 1875, le Conseil d'Etat avait indiqué dans un arrêt que le ministre était compétent en pareille hypothèse, c'est-à-dire que lui seul pouvait être juge de la validité des actes administratifs sur le renvoi ordonné par l'autorité judiciaire. Par un second arrêt, le 2 février 1877, le Conseil d'Etat reconnaissait que le ministre étant seul compétent en cette matière, lui, Conseil d'Etat ne pouvait être saisi que par voie de recours contre la décision de ce dernier. En 1881, encore cette jurisprudence était affirmée dans un nouvel arrêt du 3 janvier.

Le motif de cette volte-face n'est autre, comme le dit en 1882 M. Le Vavasseur de Précourt, « que la ten-

dance du Conseil d'Etat à réagir contre la théorie absolue qui considère le ministre comme juge ordinaire en matière contentieuse (1) ».

Par ces conséquences l'arrêt du 28 avril 1882 a une importance capitale. Se reconnaître compétent dans l'hypothèse de cet arrêt, c'était pour le Conseil d'Etat affirmer sa compétence pour tous les cas dont la connaissance n'avait pas été attribuée à d'autres par un texte législatif. Si en matière de recours incidents, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à les déclarer recevables *de plano* devant lui il n'en a pas été de même pour le recours en interprétation proprement dit.

Chacun sait que l'interprétation litigieuse des actes administratifs rentre dans le contentieux de ces actes.

Le contentieux de l'interprétation qui comprend « les demandes et contestations qui ont pour objet soit l'interprétation d'actes ou de contrats administratifs, soit l'appréciation de leur légalité », est donc, comme on le voit, une notable partie du contentieux administratif.

Qui jusqu'à ces dernières années connaissait des recours en interprétation proprement dits? L'auteur de l'acte, ses supérieurs hiérarchiques et enfin le Conseil d'Etat.

Le contentieux de l'interprétation fonctionnait jusqu'à ces dernières années suivant la maxime (*ejus est interpretari cujus est condere*), c'est-à-dire que dans tous les cas on devait s'adresser à l'autorité, auteur de l'acte, chef de l'Etat, ministre, préfet, maire, ou assemblée

(1) *Revue générale d'administration*, 1882, p. 317.

départementale, et l'on portait la décision, si elle ne vous paraissait pas satisfaisante, devant le supérieur hiérarchique ; en dernière ressource enfin, on recourrait au Conseil d'Etat. Il est aisé de comprendre les lenteurs d'une pareille procédure.

La simplification, qui fut si longtemps désirée, dut sa réalisation à la tendance du Conseil d'Etat à se proclamer juge ordinaire de premier et dernier degré, en matière administrative. Dès 1877, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 9 mars, déclara le recours en interprétation proprement dit, recevable devant lui, sans qu'il soit besoin de soumettre l'acte en question à l'interprétation des supérieurs hiérarchiques.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'interpréter un arrêté de classement remontant à 1870. L'autorité administrative, auteur de l'acte, la Commission départementale fut saisie et rendit une décision contraire aux prétentions du demandeur. Celui-ci déféra cette décision au Conseil d'Etat, sans la porter auparavant devant le Conseil général, supérieur hiérarchique de la Commission départementale.

Le Conseil d'Etat décida qu'il lui appartenait de statuer sur le recours formé contre une décision par laquelle la Commission départementale donnait l'interprétation demandée par l'autorité judiciaire.

C'est là un premier pas, mais à cette époque encore le Conseil d'Etat considère que les recours en interprétation proprement dits ne peuvent être recevables devant lui que si l'auteur de l'acte a donné auparavant son avis.

Cette décision de l'auteur de l'acte soumis à interpré-

tation semblait même nécessaire pour faire naître le litige. Il n'en est rien cependant. « Le jugement qui renvoie la question préjudicielle d'interprétation peut être considéré comme créant, par lui-même, un contentieux, qui peut être porté devant le Conseil d'Etat, en vertu de l'art. 9 de la loi de 1872 (1). » La jurisprudence du Conseil d'Etat est aujourd'hui fixée en ce sens. Un arrêt du 15 janvier 1895 (D. P., 96, 3, 22) nous le prouve. En l'espèce, le Tribunal de Sarlat avait sursis à statuer sur l'affaire pendante devant lui jusqu'à ce que l'autorité administrative eût déterminé le sens et la portée de plusieurs dépêches ministérielles. Les demandeurs, selon la coutume jusqu'alors suivie, avaient adressé une demande d'interprétation à l'auteur de l'acte, c'est-à-dire ici, au ministre des Cultes. Le ministre ne répondit pas, malgré plusieurs demandes successives ; les demandeurs en adressèrent alors une au Conseil d'Etat invoquant pour en justifier la recevabilité, d'abord l'art. 8 du décret du 2 novembre 1864, le ministre ayant laissé leur demande sans réponse pendant plus de quatre mois, disant, en second lieu, que le refus de statuer de la part du ministre constituait un excès de pouvoir dont il appartenait au Conseil d'Etat de connaître.

Celui-ci statua, au fond, sans donner les raisons pour lesquelles, pour la première fois cependant, il se reconnaissait régulièrement saisi d'une demande en interprétation, alors que le ministre, auteur de l'acte, avait

(1) Laferrière, *Op. cit.*, t. II, p. 618.

refusé de fournir une réponse à cette même demande.

Cette absence de tout considérant relatif à la recevabilité du pourvoi permet de croire que le Conseil d'Etat a abandonné ici son ancienne jurisprudence et d'affirmer « sa volonté bien arrêtée de refuser aux ministres tout pouvoir de juridiction en cette matière (1). »

S'il n'en avait pas été ainsi on retrouverait très certainement relevée dans l'arrêt au moins la circonstance que le ministre avait été préalablement saisi et s'était abstenu de répondre.

Il est donc bien certain qu'aujourd'hui le Conseil d'Etat regarde comme recevables *de plano* devant lui les recours en interprétation proprement dits, refusant ainsi aux ministres tout pouvoir juridictionnel en cette matière.

Dans le domaine du recours contentieux proprement dit, le Conseil d'Etat a également affirmé sa compétence comme juge de droit commun ; cette doctrine, aujourd'hui solidement établie a été pour la première fois, fermement admise par un arrêt du 24 juin 1881.

Il s'agissait d'une contestation relative à une pension communale, et la question faite pour nous intéresser était celle de savoir : si les arrêtés préfectoraux rendus en vertu du pouvoir propre de décision conféré aux préfets par le décret de décentralisation du 25 mars 1852, bien qu'ils puissent être déférés au ministre compétent par la voie du recours hiérarchique, conformément à l'article 6 du même décret, ne peuvent pas être consi-

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 15.

dérés comme des décisions de nature à être déférées directement au Conseil d'Etat.

En l'espèce, le Conseil d'Etat était saisi d'un pourvoi dirigé contre un arrêté préfectoral du 14 janvier 1880, qui liquidait la pension d'un employé d'une commune. Le ministre de l'Intérieur auquel l'arrêté n'avait pas été préalablement déféré, demandait au Conseil de déclarer le pourvoi non recevable pour le motif qu'en vertu des pouvoirs qui appartiennent au ministre comme juge du contentieux, celui-ci aurait dû être appelé à se prononcer sur le mérite de l'arrêté du préfet avant le Conseil d'Etat.

La question à trancher était donc bien nette. S'il est vrai que le ministre doit être, comme il le prétend, considéré comme juge ordinaire du contentieux, le pourvoi doit être déclaré irrecevable. Si, au contraire, le Conseil d'Etat lui refuse ce titre, il conclura à la recevabilité du pourvoi et jugera au fond,

Le commissaire du Gouvernement en concluant qu'on doit admettre logiquement qu'un agent communal qui trouve que le préfet lui refuse à tort une pension est recevable à attaquer directement l'arrêté préfectoral qui le lèse dans son droit devant le Conseil d'Etat, ne cacha point que la solution qu'il proposait était contraire à l'opinion de ceux qui considèrent le ministre comme le juge ordinaire en matière contentieuse. Et il ajouta : « spécialement en ce qui concerne les pensions, nous estimons que c'est en qualité d'administrateur que chaque ministre procède à leur liquidation et la décision qu'il prend n'est pas plus un jugement que ne l'est le décret du Chef de l'Etat qui accorde une pension après avis de la section des finances du Conseil d'Etat. Il en

est de même qu'en matière de fournitures faites à l'Etat. La décision prise par le ministre est un simple acte de gestion, il ne rend pas un jugement, et si un procès s'engage, la contestation est portée non pas en appel, mais en premier et dernier ressort devant le Conseil d'Etat (1) ».

Le Conseil accepta les conclusions du commissaire du Gouvernement et déclara le pourvoi recevable *de plano* devant lui, affirmant ainsi sa compétence comme juge de droit commun d'une façon générale dans le domaine du contentieux proprement dit, c'est-à-dire du contentieux de pleine juridiction.

Cette jurisprudence fut plus complètement établie encore par un arrêt plus récent du Conseil d'Etat en date du 13 décembre 1889 (2). Le Conseil municipal de Marseille ayant estimé que le sieur Cadot, ingénieur des ponts et chaussées, mis à la disposition de la ville par le ministre des Travaux publics ne s'acquittait point avec assez de perfection des fonctions qui lui avaient été confiées, décida la suppression de l'emploi de ce dernier. Le sieur Cadot étant donné le préjudice à lui causé par la perte de son emploi et l'atteinte portée à sa considération professionnelle par les allégations insérées dans la délibération du Conseil municipal de Marseille, réclama à ce Conseil en la personne du maire une indemnité. Le Conseil refusa de faire droit à la demande de cet ancien employé

(1) D. P. 82. 3. 52, Conclusions de M. Gomel, commissaire du Gouvernement,

(2) D. P. 91. 3. 41.

communal. Un litige prit alors naissance (1) et fut porté par le sieur Cadot, après une déclaration d'incompétence de la part de l'autorité judiciaire qui avait tout d'abord été saisie, devant le Conseil de préfecture des Bouches-du-Rhône. Nouvelle déclaration d'incompétence.

Le requérant porta alors la question devant le ministre de l'Intérieur, qui, se déclarant compétent rejeta au fond sa réclamation. Le sieur Cadot alors déféra au Conseil d'Etat la décision ministérielle lui demandant de décider que le ministre était incompétent en l'espèce pour statuer tout en présentant des conclusions subsidiaires tendant à faire juger le litige au fond.

La question principale était donc celle de savoir si le ministre pouvait être compétent pour statuer.

Le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, rappela au Conseil d'Etat que « si sa jurisprudence n'avait point encore formulé d'arrêt de principe, refusant au ministre le droit de statuer comme juge ordinaire des décisions administratives donnant lieu à des réclamations contentieuses », il était permis de citer au moins deux arrêts, celui du 24 juin 1881 (2) et celui du 28 avril 1882 (3) marquant une évolution considérable dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et indiquant très nettement « que le ministre ne peut être saisi préalablement au Conseil d'Etat que dans les cas expressément désignés par la loi. »

(1) V. Conclusions du commissaire du Gouvernement Jagerschmidt D. P., 92, 3, 42.

(2) D. P., 82, 3, 5. Affaire Bougaret.

(3) D. P., 83, 3, 89. Affaire ville de Cannes.

« A notre avis, dit-il encore, le terme logique de l'évolution que nous venons de signaler dans la jurisprudence doit être atteint dans l'affaire actuelle », et il conclut à l'incompétence du ministre, invoquée par le requérant et convia le Conseil à statuer au fond.

L'arrêt fut rendu dans ce sens ; cet arrêt eut dans la doctrine un grand retentissement et la thèse, qui, pour la première fois avait été soutenue par M. Bouchènè-Lefert (1), en 1863, et reprise en 1870 par M. Quentin Bouchart (2), fut dès lors en partie presque universellement adoptée.

SECTION II

Les ministres ne peuvent plus être considérés comme des juges administratifs.

Les ministres ne sont plus les juges de droit commun en matière contentieuse administrative, la jurisprudence du Conseil d'Etat leur dénie très nettement, comme nous venons de le voir, cette qualité.

Cependant, dans la doctrine, depuis 1863, quelques auteurs, M. Bouchènè-Lefert, le premier, non seulement refusaient aux ministres la qualité de juge de droit commun en matière administrative, mais encore déniaient d'une façon absolue aux agents de l'administration le caractère de juge.

En matière d'actes de gestion, l'opinion de ceux qui refusaient aux décisions ministérielles, le caractère de

(1) *Revue pratique de droit français*, 1863, p. 354.

(2) *Revue critique*, t. XXXVII, p. 130.

véritables jugements fut assez vite généralement admise; M. Aucoc, en 1886 (1), abandonne nettement la doctrine du ministre juge, dont il avait été jusqu'alors un fervent adepte en ce qui concerne les actes de gestion et voici les raisons qu'il en donne : « Un jugement est une décision sur un litige et pour qu'il y ait litige, il faut deux parties en cause, ayant chacune des prétentions opposées; il n'y a donc acte de juridiction que de la part de l'autorité qui prononce sur la réclamation dirigée contre le commandement ou l'acte de gestion, puisque c'est devant elle seulement qu'il y a deux parties en présence. »

Aussi, est-il bien établi aujourd'hui que lorsqu'un ministre agit, par exemple, comme liquidateur de la dette publique ou d'une pension de retraite, ou bien encore, lorsqu'il applique à un fournisseur de l'Etat les mesures prévues par son marché, il statue non comme juge, mais comme administrateur, et est en droit de conclure que dans ces divers cas, le Conseil d'Etat statue non comme juge d'appel, mais comme juge en premier et dernier ressort.

Le Conseil d'Etat d'ailleurs, de très bonne heure, avait refusé aux décisions ministérielles, en matière d'actes de gestion, le caractère de véritables jugements (2). Depuis 1867 à nos jours, de nombreux arrêts ont été

(1) *Gazette des Tribunaux*, 24 déc. 1886.

(2) Cons d'Etat, 17 janv. 1867, Aff. Boulingre, D. P., 67, 3, 89;
» » 20 février 1880, Aff. Carrière, D. P., 81, 3, 24;
» » 13 avril 1891, Aff. Bansais, D., P., 82, 3, 49;
» » 24 juin 1881, Aff. Bougard, D. P., 82, 3, 51;

rendus en ce sens par notre Tribunal administratif supérieur.

C'est en 1867, que pour la première fois, le Conseil d'Etat se prononça sur ce point. Il s'agissait d'un adjudicataire de la fourniture du pain pour les prisons de Paris, qui réclamait de l'administration le montant des droits d'octroi sur les farines qu'il avait acquittés en vertu d'un décret (31 août 1863), intervenu en cours d'exécution de son marché. Le ministre refusa tout remboursement par décision du 15 juin 1864. L'adjudicataire s'est pourvu devant le Conseil d'Etat en annulation de cette décision. Dans sa défense, le ministre soutint que le pourvoi n'était pas recevable.

A cette époque, il était encore généralement admis que les ministres, statuant sur les réclamations d'un fournisseur, agissaient comme juges et faisaient un acte de juridiction (1). L'arrêt dont nous avons parlé tout à l'heure, cet arrêt du 27 janvier 1867, semble implicitement condamner cette manière de voir. Le Conseil d'Etat cependant n'a pas tranché nettement la question de savoir si les ministres prononcent comme juges sur les contestations auxquelles donnent lieu, entre les fournisseurs et l'Etat, les marchés de fournitures passés pour le compte de celui-ci, mais il semble cependant refuser à la décision ministérielle, le caractère d'un véritable jugement puisqu'il se déclare compétent

(1) Voir à ce sujet : Macarel, *Des Tribunaux administratifs*, p. 128, etc. ; Cormenin, *Dr. adm.*, 5^e éd., t. I, p. 178 et sur Serrigny, *Traité de l'organisation et de la compétence administrative*, 2^e édit., nos 1,289 et suiv.

pour statuer en premier et dernier ressort sur les pourvois formés contre ces décisions.

Dans un arrêt plus récent, du 2 juillet 1880, le Conseil d'Etat a affirmé sa manière de voir au point de vue qui nous occupe.

Il est, en effet, certain que le Conseil d'Etat en cette espèce, il s'agissait encore de réclamations formées par un entrepreneur de marchés de fournitures, n'a point voulu reconnaître à la décision ministérielle qui avait été rendue le caractère d'un véritable jugement.

Tout jugement, de l'avis même de ce Conseil, doit être motivé. Or, dans l'espèce, la décision du ministre ne l'était point et l'on invoquait précisément ce moyen pour en demander l'annulation. Le moyen fut repoussé pour le motif « qu'aucune disposition de loi n'oblige les ministres à motiver les décisions par lesquelles ils refusent de faire droit aux réclamations qui leur sont adressées par les entrepreneurs de marchés de fournitures à peine de nullité de leurs décisions. »

Il ressort assez clairement de cet arrêt que le Conseil d'Etat refuse aux ministres, en pareille matière, le caractère de juge pour qu'il nous soit permis de ne pas insister davantage.

Grâce à la jurisprudence éclairée du Conseil d'Etat, les ministres non seulement ne peuvent plus être considérés comme les juges ordinaires au premier degré du contentieux administratif, mais le caractère de juge leur est refusé toutes les fois qu'ils ont à intervenir sur des matières où les intérêts de l'Etat sont en opposition avec ceux des particuliers.

Les décisions ministérielles qui ont le caractère

d'actes de commandement ou de gestion ne sont donc point des jugements. Le ministre agit alors comme administrateur actif et non pas comme juge. Sa décision est un acte administratif et non pas un jugement.

Que devons-nous penser des décisions prises par les ministres sur le recours formé contre les actes émanés d'autorités qui leur sont subordonnées ? Ces décisions ne sont encore que des actes administratifs et non des jugements. Il suffit de se reporter à l'arrêt du 24 juin 1881, précité, pour en avoir la preuve. Le ministre ne peut point être considéré comme un juge en matière de recours hiérarchique puisque le Conseil d'Etat accueille directement les pourvois formés contre des actes d'autorités subordonnées au ministre. Si ce dernier était un juge, le Conseil d'Etat n'aurait pu s'arrêter à cette solution car il lui eût été impossible de faire ainsi abstraction du premier degré de juridiction.

Voilà donc toute une série de cas sur lesquels il ne peut aujourd'hui planer aucun doute. Le ministre n'est pas un juge ordinaire en matière administrative et de plus la jurisprudence du Conseil d'Etat refuse nettement à un grand nombre de décisions ministérielles le caractère de jugements.

Nous voyons par là quel apport a été effectué au principe de la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Cependant, dans bien des cas particuliers le Conseil d'Etat ne s'est pas encore nettement prononcé. Là où de nombreuses divergences existent encore dans la doctrine il nous est bien difficile de connaître l'opinion de

la Haute Assemblée, faute d'arrêts récents. Le temps ici n'a pas encore fait son œuvre, la solution n'est point encore certaine, mais cependant il est permis de la pressentir et d'apercevoir la tendance à laquelle obéit notre Tribunal supérieur administratif. « M. Laferrière dans la seconde édition de son bel ouvrage, avec toute l'autorité qui s'attache à son titre d'ancien vice-président du Conseil d'Etat, a énergiquement soutenu que le ministre n'avait jamais, dans aucune hypothèse, le caractère d'un juge administratif (1). » N'est-ce point là un indice ? Oui assurément, car il est presque impossible d'admettre qu'abandonnant sa jurisprudence, la Haute Assemblée ne se rallie pas à l'opinion de celui qui, durant de longues années, a dirigé ses travaux avec la plus grande sagesse.

Il nous faut donc passer en revue les différents cas dans lesquels les décisions ministérielles sont encore considérées par une partie de la doctrine comme de véritables jugements, et discuter la véracité de pareille opinion.

M. Ducrocq qui, dans la dernière édition de son *Cours de Droit administratif*, se défend d'avoir abandonné la théorie du ministre juge et qui s'en rend ainsi l'un des apôtres les plus autorisés, cite à l'appui de sa thèse de nombreux exemples, cherchant ainsi à établir l'existence d'attributions juridictionnelles parmi celles dont sont dotés les administrateurs actifs par excellence, les ministres (2).

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 17.

(2) Ducrocq, *Cours de Droit adm.*, t. II, p. 167 et suiv. Voir aussi Simonet, *Traité de Droit adm.*, p. 193.

En matière de contentieux électoral, les cas de juridiction ministérielle sont nombreux, tel est du moins l'avis de l'éminent auteur.

En matière d'élections aux Chambres de commerce (Arr. 3 niv. an XI, art. 8.), aux Consistoires israélites (Ord. 25 mai 1844, art. 34), aux Conseils presbytéraux et aux Consistoires des églises réformées (Décret 12 avril 1880, art. 12 à 16), aux Conseils départementaux, aux Conseils académiques et au Conseil supérieur de l'instruction publique (Décret 16 mars 1880, art. 12 et Décret du 12 novembre 1886, art. 12). Dans tous ces cas, on a soutenu que les décisions ministérielles constituaient de véritables actes de juridiction (1). Tel n'est point l'avis de M. Laferrière (2) qui, revenant sur l'opinion qu'il avait émise dans la première édition de son traité, puisqu'il y émettait l'avis que « le ministre peut être exceptionnellement considéré comme juge quand il statue sur les élections spéciales qui lui sont déferées par la loi, » reconnaît qu'il faut voir dans ces décisions ministérielles non des jugements mais des vérifications et des décisions d'ordre administratif qui peuvent donner lieu à une instance contentieuse devant le Conseil d'Etat.

Telle est aussi l'opinion de M. Haurion (3). A son avis les décisions ministérielles sont des actes d'administration, soit des actes de gestion, soit des actes de

(1) Ducroq, *Op. cit.*, t. II, p. 167 et suiv.

(2) Laferrière, *Op. cit.*, t. I, p. 464.

(3) Haurion, *Précis de Droit adm.*, 3^e édit., p. 856, note 2.

puissance publique, mais jamais et dans aucun cas des jugements. « La séparation entre l'administration et la juridiction devient ainsi complète, ajoute-t-il, et c'est plus logique. »

M. J. Appleton adopte aussi cette manière de voir (1) dans l'étude qu'il a faite du principe dont nous nous occupons.

Les arguments fournis par ces différents auteurs, à l'appui de leur opinion, nous ont semblé trop probants pour ne pas entraîner notre conviction.

Les ministres ne peuvent pas être considérés comme des juges quand ils statuent sur les élections spéciales dont nous avons donné tout à l'heure l'énumération, dit M. J. Appleton, et il justifie son opinion, par les quatre raisons suivantes :

1^o Dans les cas d'élections aux Chambres de commerce, aux Conseils presbytéraux et aux Consistoires des églises réformées, le ministre peut statuer d'office ; or, nos lois ne permettent pas à un juge de se saisir lui-même et ne l'autorisent à statuer que lorsqu'il est saisi par une action intentée, il faut donc en conclure que, dans les cas visés, le ministre, statuant d'office, ne peut pas agir en juge, mais en simple administrateur.

2^o Les Consistoires protestants d'après le décret du 12 avril 1880 statuent en premier ressort sur les élections de leurs membres. Or, si la décision du ministre susceptible de recours devant le Conseil d'Etat est un jugement, il faut nécessairement attribuer pareil

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 18.

caractère à la décision émanant du Consistoire protestant lui-même, et alors nous nous trouvons en présence d'une affaire portée successivement devant trois degrés de juridiction, ce qui n'a jamais été prévu par notre législation moderne.

3° Si le ministre ne statue pas, dans un certain délai, sur les réclamations concernant les élections aux Consistoires protestants, au Conseil supérieur de l'Instruction publique, aux Conseils académiques et départementaux, le recours au Conseil d'Etat est ouvert. Si le ministre est juge ici, le Conseil d'Etat est juge d'appel, or, comment admettre qu'un juge d'appel puisse se prononcer en l'absence de tout jugement de première instance ?

4° « Enfin, dit M. J. Appleton, il est de principe, chez ceux mêmes qui admettent la juridiction ministérielle, que le ministre ne juge jamais en dernier ressort. Or, en matière d'élections aux Consistoires israélites, la décision du ministre est définitive et ne peut être l'objet d'aucun recours contentieux. Qu'en conclure, sinon que nous sommes ici en présence d'un acte de pure administration et non d'un acte de juridiction ? »

En présence de pareils arguments, il ne nous est plus permis d'hésiter ; ces cas de juridiction ministérielle que cite M. Ducroq, n'ont véritablement pas ce caractère. Le ministre agit ici comme administrateur supérieur chargé par le législateur de contrôler, d'approuver ou de désapprouver les actes d'une autorité qui lui est subordonnée. Il est naturel que les ministres sur qui retombe toute la responsabilité des services publics relevant de leur département aient le droit de vérifier le

titre en vertu duquel des délégués électifs viennent prendre part au fonctionnement de ces services. C'est un droit inhérent à leur qualité d'administrateur supérieur et ce n'est point parce qu'ils peuvent être appelés, comme en ces matières à rendre des décisions contentieuses, qu'il faut donner à ces décisions le caractère de jugements, ni à eux-même celui de juges.

Nous ne pouvons que regretter de ne pouvoir appuyer ce raisonnement par la citation de quelques arrêts du Conseil d'Etat. La Haute Assemblée n'a pas eu à se prononcer sur ce point depuis le moment où elle commença à contester aux ministres la qualité de juges, cependant tout nous porte à croire que, dans ces hypothèses comme dans celles sur lesquelles elle a déjà statué, elle ne reconnaîtrait certainement pas aux ministres semblable qualité. Se prononcer en sens contraire, serait pour le Conseil d'Etat, abandonner sa jurisprudence, renier toutes ses prétentions, et se replacer sous le joug de l'administration active. Considérer le ministre comme juge lorsqu'il statue dans la série de cas de contentieux dont il vient d'être question, serait le déclarer juge ordinaire du premier degré en matière administrative. En effet, où existe-t-il un texte qui investisse le ministre du droit de connaître par exemple des protestations contre les élections au Conseil supérieur des colonies ? Il n'en est point à notre connaissance, et cependant, un arrêt relativement récent du Conseil d'Etat, en date du 24 avril 1891 (D. P., 92, 3, 103), reconnaît au ministre des colonies ce droit. « Considérant que c'est devant le ministre des colonies que, sous la forme de protestation contre les opérations électorales, les requérants,

qui étaient inscrits sur les listes électorales, pouvaient se prévaloir des illégalités dont ledit arrêté serait, suivant eux, entaché, etc. »

Si le Conseil d'Etat considérait ici la décision ministérielle à intervenir comme un jugement, qu'en résulterait-il ? Il en résulterait nécessairement, aucun texte n'étant venu attribuer compétence au ministre des colonies à ce sujet, la reconnaissance de la part du Conseil d'Etat, aux ministres en général de la qualité de juge ordinaire au premier degré en matière administrative. Pareil résultat est inadmissible. Personne aujourd'hui n'oserait attribuer pareille opinion au Conseil d'Etat, étant donné, comme nous l'avons vu, l'état de sa jurisprudence. Il ne résulte d'ailleurs nullement de l'arrêt que nous venons de citer que le ministre est juge de la réclamation en question et si nous nous reportons au texte même de l'arrêt nous pouvons constater non seulement que pareille déclaration ne s'y retrouve pas, mais qu'au contraire les termes employés paraissent avoir été posés de façon à écarter tous les doutes. Il y est dit « qu'on peut, sous forme de protestation se prévaloir devant le ministre des colonies des illégalités... »

L'emploi de pareils termes ne permet même pas de supposer que le Conseil d'Etat ait eu l'intention d'attacher un caractère juridictionnel aux décisions du ministre des colonies en pareille hypothèse.

La conclusion que nous avons plus haut formulée sur ce point est donc bien vraie, c'est comme administrateur, et non comme juge que le ministre statue en matière électorale.

Mais là, ne se bornent point les dissentiments qui

existent en doctrine. Dans un autre ordre d'idée, en matière de recours formés contre les décisions des jurys d'agrégation des facultés, on a prétendu que le ministre compétent pour en connaître prononçait à titre juridictionnel.

Ici un texte, l'arrêté ministériel du 27 décembre 1880 établit nettement la compétence du ministre : « Un délai de dix jours est accordé à tout concurrent qui a pris part à tous les actes du concours pour se pourvoir devant le ministre contre les résultats dudit concours, mais seulement, à raison de violation des formes prescrites. » Mais ce qu'il nous importe de rechercher, c'est le caractère même de la décision ministérielle. Est-ce un jugement? ou est-ce, au contraire, une décision rendue par le ministre dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur actif? Le Conseil d'État, dans un arrêt du 16 novembre 1894, a implicitement, c'est vrai, donné une solution à la question que nous venons de poser (1).

Il s'agissait d'un pourvoi formé contre la décision du ministre de l'Instruction publique par des candidats à un concours d'agrégation des Facultés de médecine qui s'était ouvert le 4 janvier 1892, à Paris, et terminé à leur désavantage, le 12 mars suivant. La décision du ministre avait été contraire aux prétentions des requérants et ceux-ci demandaient au Conseil d'État d'en prononcer l'annulation pour excès de pouvoir, se fondant sur ce que, les concours d'agrégation étant des concours devant les Facultés, les contestations qui

(1) D. P., 95, 3, 73.

s'élèvent relativement à eux devaient, par application de l'article 14 de la loi du 15 mars 1850, sous l'empire de laquelle avaient été faits les statuts de 1874 et de 1880, être soumises au Conseil académique, sauf recours au Conseil supérieur de l'Instruction publique.

Le Conseil d'État, après avoir entendu les conclusions de M. Saint-Paul, commissaire du Gouvernement, rejeta la fin de non-recevoir opposée au pourvoi et se déclara compétent au fond, disant, entre autres considérants : « Qu'aux termes de l'article 24 du statut général sur l'agrégation des Facultés, qui, en vertu de l'article 42 du décret du 28 décembre 1885, régit les concours, un délai de dix jours est accordé à tout concurrent qui a pris part à tous les actes du concours, pour se pourvoir devant le ministre contre les résultats dudit concours, mais seulement à raison de la violation des formes prescrites.

« Que la décision du ministre de l'Instruction publique qui statue sur cette réclamation constitue une *décision administrative* susceptible d'être déférée au Conseil d'État... »

Il est difficile de trouver une appréciation plus nette que celle-ci. La nature de la décision ministérielle est ici parfaitement définie. C'est une décision administrative et non pas un jugement. D'ailleurs si l'on pouvait encore douter de l'avis du Conseil d'Etat, il nous suffirait de poursuivre l'énoncé du texte de l'arrêt : « susceptible, dit-il (il s'agit de la décision du ministre), d'être déférée au Conseil d'Etat par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 », c'est-à-dire par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Cette dernière phrase à elle seule caractérise la manière de voir du Conseil d'Etat. Chacun sait en effet que « le recours pour excès de pouvoir n'est admis contre les actes de nature juridictionnelle que lorsqu'ils sont en dernier ressort ; ou sinon il se confond avec le recours par voie d'appel » (1). M. J. Appleton en tire très adroitement la conclusion suivante. Puisque le Ministre n'est jamais un juge en dernier ressort, dit-il, et nous pouvons ajouter, de l'avis même des partisans de la doctrine du ministre juge, « sa décision en matière de concours d'agrégation ne peut être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir que si elle ne constitue pas un jugement » (2). Le Conseil d'Etat, en déclarant recevable le recours à lui adressé par cette voie de l'excès de pouvoir a donc encore une fois refusé tout caractère juridictionnel à la décision ministérielle.

L'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'Etat nous fait comprendre quel tribut important a été apporté par la sagesse éclairée de nos conseillers d'Etat au principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative. Quelle que soit l'importance des résultats dus à la législation, il est aisé de voir que nous serions encore bien loin du but à atteindre, si le Conseil d'Etat ne s'était point fait l'auxiliaire et même le devancier du législateur. Grâce à lui, grâce à sa jurisprudence, qui aujourd'hui peut être considérée comme le monument le plus digne de foi en matière adminis-

(1) Dacroq, *Op. cit.*, t. II, p. 36.

(2) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 20.

trative, le principe dont nous avons suivi l'évolution a pris place aux côtés des principes qui sont à la base de toutes nos constitutions modernes. Le ministre n'est plus un juge ; administrateur actif, il a, de par sa fonction même, le droit de décider, mais les décisions qu'il prend ne peuvent, en aucun cas, revêtir le caractère des jugements.

CHAPITRE IV

Attributions contentieuses des administrateurs actifs inférieurs.

Il ne suffit point d'avoir démontré que les ministres ne sont pas des juges pour avoir le droit de conclure à la réalisation du principe de la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif. A côté des ministres, au-dessous d'eux, il y a encore les préfets, les sous-préfets et les maires, et pour ne pas être trop incomplet, il nous paraît nécessaire de rechercher si aujourd'hui encore, l'un quelconque de ces administrateurs actifs possède des attributions contentieuses, si un préfet, un sous-préfet ou un maire a le pouvoir de rendre un jugement ?

SECTION I

Attributions contentieuses des Maires.

Le maire est un administrateur puisqu'il est chargé du pouvoir exécutif communal. C'est l'article 90 de la loi du 5 avril 1884, qui énumère les attributions qu'il

peut exercer sous le contrôle du Conseil municipal et la surveillance de l'Administration supérieure.

Cet article 90 et les articles qui le suivent ne donnent aux maires aucune attribution juridictionnelle. Ce n'est donc point à la législation moderne que les auteurs qui voient des jugements dans certaines décisions des maires pourront faire appel.

Nous avons pu trouver six cas dans lesquels on a prétendu que le maire statuait comme juge administratif.

1° La décision du maire a été considérée comme un jugement, lorsqu'elle intervenait en matière de voirie, sur la question de savoir, si un bâtiment menace ruine, et, d'ordonner sa démolition, malgré l'opposition du propriétaire.

Rappelons que c'est l'art. 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790 qui donne au maire le droit de décider en pareille matière. Ce texte est ainsi conçu : « Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend..... la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine..... est confié à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux (1). »

Ce texte à lui seul suffirait déjà à prouver qu'ici le maire agit en qualité d'administrateur chargé de veiller à la sûreté de ses administrés et non en qualité de juge. Mais une autre raison, vient nous permettre d'affirmer qu'aucun caractère juridictionnel ne peut être attribué à cette décision.

(1) Loi des 16-24 août 1790, titre XI, art. 3.

Nous savons en effet qu'en matière contentieuse les recours contre les arrêtés des maires se portent devant le préfet puis du préfet au ministre et enfin du ministre au Conseil d'Etat. Si dans la matière que nous avons en vue la décision du maire est un jugement il faudra par analogie reconnaître le même caractère aux décisions du préfet et du ministre qui pourront intervenir, et alors nous nous trouverions en présence d'une affaire subissant trois et même quatre degrés de juridiction, ce qui ne peut exister sous l'empire de notre législation.

2° Le maire, dit-on encore (1), statue comme juge administratif en matière de police de roulage. Cette opinion était basée sur ce que l'art. 38 du décret du 23 juin 1806 attribue à cet administrateur le droit de connaître des contestations qui peuvent s'élever relativement à l'exécution dudit décret notamment en ce qui concerne le poids des voitures, l'amende et sa quotité.

Ici, encore, le maire ne fait qu'exercer les pouvoirs de police administrative qui émanent de sa fonction d'administrateur actif et ne fait en aucune façon office de juge, et déjà en 1820 une ordonnance du 22 novembre a interprété l'article du décret visé comme s'il n'avait donné aux maires que le droit de faire des actes d'exécution provisoire, de consigner l'amende par exemple, en attendant qu'il soit statué sur la contravention par le Conseil de préfecture.

Ici, donc encore, le maire n'est point juge.

3° L'article 28 du décret du 4 juillet 1806, concer-

(1) M. Macarel, *Cours de dr. adm.*, II, p. 808 et suiv.

nant les prix de courses de chevaux, déclare que les difficultés entre les concurrents sont réservées au maire pour le provisoire et aux préfets pour la décision définitive, sauf le recours au Conseil d'Etat (1). C'est encore, disent-ils, un cas où le maire agit en qualité de juge administratif. Cette opinion, aujourd'hui d'ailleurs abandonnée par la doctrine (2), ne peut être acceptable, car la décision du maire n'étant que provisoire ne peut revêtir un caractère juridictionnel, il agit là encore comme administrateur et non comme juge.

4° En matière de contributions indirectes, la décision du maire a encore été regardée comme juridictionnelle lorsqu'elle a trait aux différends qui s'élèvent entre les employés de l'administration des Contributions indirectes et les débitants de boissons (3).

Ici, encore, la décision du maire n'a qu'un caractère provisoire, c'est le préfet en Conseil de préfecture qui statue définitivement sauf, tel est du moins l'avis de M. Serrigny (4), recours devant le ministre et ensuite au Conseil d'Etat. Nous avons vu qu'une affaire ne peut subir quatre degrés de juridiction, cette raison nous paraît suffisante pour refuser ici encore au maire la qualité de juge administratif.

5° On a dit encore que le maire statuait comme juge administratif en matière d'élections communales sur les

(1) Décret du 4 juillet 1806.

(2) Voir notamment, Ducrocq, *Op. cit.*, t. II, p.

(3) Loi du 28 avril 1816, art. 49.

(4) Serrigny, *Op. cit.*, n° 1051.

réclamations soulevées à l'occasion des listes des électeurs communaux (1).

Pareille opinion ne peut plus aujourd'hui être soutenue, car la loi de 1874, dans son article 2, confie à la Commission qui a préparé les listes, le soin de connaître des réclamations auxquelles elles peuvent donner naissance.

Tous les cas que nous venons de passer en revue ne devaient pas arrêter bien longtemps notre attention, car aujourd'hui la doctrine est unanime à refuser aux maires toute attribution juridictionnelle. Dans un cas cependant, on rencontre encore des avis opposés. M. Aucoc, par exemple, estime que les maires doivent être considérés comme de véritables juges administratifs lorsqu'ils statuent, et c'est là le dernier cas qu'il nous reste à examiner, sur les indemnités dues par les officiers et fonctionnaires militaires employés dans les cantonnements et rassemblements, aux particuliers qui ont été forcés de leur fournir le logement (2). Il est à remarquer d'abord que si le logement au lieu d'avoir été fourni par billet des officiers municipaux, l'a été par simple convention amiable, les difficultés naissant de ce bail seraient de la compétence des Tribunaux judiciaires.

L'article 107 du décret du 2 août 1877 nous dit en effet que les maires doivent veiller à ce que les habitants n'abusent point dans le prix des loyers du besoin de logement où se trouvent ces officiers. En cas de contes-

(1) Loi du 21 mars 1831, art. 34, 35, 36.

(2) Décret du 2 août 1877, art. 107.

tation, ajoute le même article, les maires règlent le prix du loyer, sauf le recours au préfet de la part de celui qui se croit lésé par la décision du magistrat municipal. C'est à cette décision que l'on attribue un caractère juridictionnel. Il n'en est rien à notre avis ; le maire agit ici encore en qualité d'administrateur et non pas en qualité de juge. Le maire, en effet, obligé de loger des militaires aux frais et pour le compte de tiers, doit prendre à cet égard un arrêté motivé, qui est notifié, autant que possible, à la personne intéressée et qui fixe la somme à payer (1). S'il y a plus tard contestation, il nous semble naturel que le maire en connaisse le premier ; mais sa décision n'a et ne peut avoir que le caractère de décision interprétative de l'arrêté, source véritable de la contestation. Elle n'a donc pas un caractère juridictionnel.

Les maires ne peuvent donc pas être comptés au nombre des juges administratifs. Ils décident, comme leur qualité d'administrateurs actifs leur en donne le droit, ils ne jugent jamais.

SECTION II

Attributions contentieuses des sous-préfets.

Il est presque unanimement admis en doctrine que les sous-préfets n'ont pas d'attributions contentieuses et même ici M. Aucoc qui, comme nous l'avons vu, reconnaît, aux maires, dans une hypothèse seulement,

(1) Loi du 3 juillet 1877, art. 13.

il est vrai, le caractère de juge administratif, refuse aux sous-préfets tout pouvoir juridictionnel (1).

Un auteur cependant (2) estime qu'une véritable juridiction contentieuse a été dévolue au sous-préfet par les articles 20 du Code forestier et 86 de l'ordonnance du 1^{er} août 1827. Ces articles confèrent à cet administrateur, comme président de la séance d'adjudication des coupes de bois des forêts, le pouvoir de décider immédiatement sur les contestations pouvant s'élever pendant les opérations d'adjudication, soit sur la validité desdites opérations, soit sur la solvabilité de ceux qui auront fait des offres et celle de leurs cautions.

Cet article 20 du Code forestier nous semble plutôt être une application du principe d'après lequel il appartient aux officiers publics qui président les adjudications de trancher d'urgence et par voie d'ordre et de police les difficultés qui s'élèvent, séance tenante, au sujet de ces adjudications, que la reconnaissance d'une attribution juridictionnelle proprement dite au sous-préfet.

On a soutenu encore (3), tout en reconnaissant que le sous-préfet ne peut être considéré comme un juge administratif, que la décision qu'il prenait en face de réclamations faites par des particuliers contre l'édification d'établissements dangereux et insalubres, avait un caractère quasi juridictionnel.

Ce sont les articles 2 et 8 du décret du 15 octobre 1810, combinés avec l'article 3 de l'ordonnance du

(1) Aucoc, *Op. cit.*, n° 619.

(2) Ducrocq, *Op. cit.*, t. II, p. 438.

(3) V. Rép. de Becquet, V^o Département, p. 441.

15 janvier 1815, qui donnent au sous-préfet le droit de statuer en pareille matière.

Le même décret de 1810 décidait en outre qu'un recours contentieux devant le Conseil de Préfecture était ouvert contre la décision du sous-préfet.

Nous trouvons-nous ici en présence d'une espèce où le sous-préfet peut être considéré comme juge administratif? Nous ne le croyons pas et voici pourquoi.

On s'appuie pour attribuer un caractère quasi juridictionnel à la décision du sous-préfet sur ce fait que le décret de 1810, ouvre contre elle exceptionnellement un recours contentieux devant le Conseil de préfecture, ce n'est point là une raison suffisante. Quand naît le litige? Toute la question à notre avis se résume ainsi. On a commencé à édifier avec l'autorisation de l'administration un établissement dangereux ou insalubre, un particulier, gêné peut-être par semblable voisinage, porte ses réclamations à la connaissance du sous-préfet, autorité compétente pour en connaître d'après le décret cité. Il n'existe encore pas de litige, l'administration n'est pas en cause, la décision du sous-préfet ne peut donc pas avoir un caractère juridictionnel. Il formule sa réponse, si elle n'est pas conforme à la prétention du particulier en cause, alors naît un litige où l'administration est en cause, l'affaire tombe dans le domaine du contentieux administratif et de par le texte même du décret doit être soumise au Conseil de préfecture. Le sous-préfet est alors partie au procès, lié intimément à l'affaire sur laquelle il a donné son avis en tant qu'administrateur.

Le sous-préfet ne peut donc pas être compté dans la

hiérarchie des Tribunaux administratifs. En aucun cas il n'est un juge, pas même, quoi qu'on en ait pu dire, lorsqu'il statue pour assurer provisoirement la cessation du dommage en matière de contravention de grande voirie (1); car en cette matière il ne fait que prendre en tant qu'administrateur les mesures qui lui semblent nécessaires au bon fonctionnement du service public dont il a la charge.

Ce ne sont donc ni les maires, ni les sous-préfets qui, de par les attributions dont notre législation les a dotés, peuvent faire obstacle à la réalisation du principe de la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif.

Ce sont des administrateurs actifs, ce ne sont jamais des juges administratifs.

SECTION III

Attributions contentieuses des préfets.

Les intendants qui ont aujourd'hui pour successeurs nos préfets connaissaient d'une façon générale de tout le contentieux administratif. Ils étaient investis d'attributions juridictionnelles très étendues. Nous avons vu, dans le cours de cette étude, quelles furent les autorités administratives qui héritèrent successivement du pouvoir juridictionnel des intendants. Nous avons même cité certains articles de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII (2), d'où il paraît ressortir clairement l'adop-

(1) Cas visé par la loi du 29 floréal an X.

(2) Loi du 28 pluviôse an VIII, art. 2 et 3.

tion définitive, dans l'organisation du département, du principe de la séparation des fonctions; le préfet, administrateur actif, ne doit qu'administrer, le Conseil général, délibérer et le Conseil de préfecture, juger.

Les préfets n'auraient donc jamais dû être considérés comme des juges administratifs, à l'exemple des anciens intendants, cependant, ce titre leur a été conféré longtemps, et aujourd'hui encore quelques auteurs les font figurer dans l'énumération qu'ils donnent des Tribunaux administratifs.

Quels que doivent être les résultats de nos observations à ce sujet, qu'il nous soit permis, dès maintenant, de nous élever contre semblable solution.

Le texte de l'article 2 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, à lui seul, suffirait presque pour justifier la prétention que nous avons de refuser aux préfets le caractère de juges administratifs, ou tout au moins de ne les considérer comme tels qu'à titre absolument exceptionnel.

Il est une chose certaine, c'est que certaines questions contentieuses sont portées, de par un texte de loi à la connaissance des préfets. Tantôt ces textes les autorisaient à statuer en toute liberté, c'est-à-dire seuls, tantôt ils les obligeaient à ne statuer qu'en Conseil de préfecture.

Depuis 1865 il n'en est plus de même, une loi du 21 juin de cette année est venue enlever aux préfets tout pouvoir dans les hypothèses où précédemment ils avaient le droit de statuer en Conseil de préfecture.

« A l'avenir, seront portées devant les Conseils de préfecture, toutes les affaires contentieuses dont le

jugement est attribué au préfet en Conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'Etat. » Tel est le texte de l'article 11 de la loi du 21 juin 1865.

Aujourd'hui donc, grâce à cette loi qui est venue consolider l'œuvre de séparation établie par la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, aucune matière contentieuse ne peut être tranchée par le préfet en Conseil de préfecture.

Il en est ainsi, par exemple, des contestations élevées sur l'administration ou la perception des octrois en régie intéressée entre les communes et les régisseurs, et de celles qui peuvent naître entre les communes et les fermiers des octrois sur le sens des clauses des baux. Ces contestations avaient été portées à la connaissance du préfet en Conseil de préfecture par le décret du 17 mai 1809, article 136.

On peut citer encore : l'appréciation des délibérations des Conseils municipaux, relatives au changement du mode de jouissance des biens communaux dans le cas prévu par le décret du 9 brumaire an XIII (1) ; et aussi les contestations entre les débitants de boissons et la régie sur le taux des abonnements à substituer au droit de détail aux termes de la loi du 28 avril 1816, art. 70 et 78.

Si la loi de 1865 a transféré aux Conseils de préfecture les attributions quasi juridictionnelles que le préfet exerçait en Conseil de préfecture, aucun texte n'est encore venu enlever au préfet le droit de statuer seul sur certaines contestations portées législativement à sa connaissance.

(1) Répertoire de Dalloz. V. Communes, n° 2533.

Aujourd'hui le préfet prononce seul :

1° Sur les propositions dans lesquelles, en cas de concurrence entre plusieurs maîtres de forges pour l'exploitation du minerai de fer d'alluvion dans un même fonds chacun d'eux pourra exploiter (Loi 21 avril 1810, article 64).

2° Sur les difficultés relatives au chiffre ou à l'exigibilité de la dette en matière de vente de domaines nationaux après qu'il a visé et rendu exécutoire l'état des sommes dues, dressé par l'administration des domaines (Loi du 11 frimaire an VIII, article 11).

3° Sur les déchéances encourues par les adjudicataires des biens de l'Etat, à défaut de paiement, sauf approbation du ministre des finances (Loi du 11 juin 1817).

4° Sur la suspension des travaux de mines, lorsque des puits ou des galeries ont été ouverts contrairement aux lois et règlements (Loi du 27 avril 1838, art. 7 et 8).

5° Sur les demandes en autorisation d'établissements insalubres de la deuxième classe (Décret du 15 octobre 1810, art. 7).

6° Sur l'interdiction des moulins situés à l'extrême frontière, lorsqu'il est justifié qu'ils servent à la contrebande des grains et farines (Loi du 30 avril 1806, art. 76).

7° Enfin, en général sur les recours formés contre les actes de l'autorité municipale qui peuvent léser les droits des citoyens (1).

(1) Répertoire de Becquet verbo Département, p. 62, et Rép. Dalloz, verbo Compétence administrative.

Telles sont les hypothèses dont lesquelles le préfet a le droit de statuer seul. C'est sur elles qu'est basée l'opinion des auteurs qui reconnaissent encore au préfet la qualité de juge administratif.

Cependant il nous semble que le caractère juridictionnel des décisions préfectorales dans les différents cas que nous venons d'énumérer est tout au moins discutable.

Le préfet, nous dit-on, fait acte de juge lorsqu'il prononce, comme lui en donne le droit l'article 64 de la loi du 21 avril 1810, sur les proportions dans lesquelles, en cas de concurrence entre plusieurs maîtres de forge pour l'exploitation du minerai de fer d'alluvion dans un même fonds, chacun d'eux pourra exploiter.

En tant qu'administrateur, le préfet est compétent pour autoriser, et son autorisation est nécessaire, un maître de forges à exploiter le minerai de fer d'alluvion qui se trouve sur un fonds, si le propriétaire de ce fonds prévenu de cette demande ne déclare pas qu'il entend exploiter lui-même dans le délai d'un mois à compter de la notification (1).

Plusieurs maîtres de forge demandent à exploiter le minerai qui se trouve sur un même fonds. Que doit faire le préfet en tant qu'administrateur, c'est-à-dire dans la circonstance où nous nous trouvons, en tant que gardien des intérêts de son administré, le propriétaire du fonds? Il doit veiller à ce que l'exploitation se fasse avec

(1) Articles 60 et 61 de la loi du 21 avril 1810.

ordre et méthode. La loi d'ailleurs l'oblige à prendre l'avis de l'ingénieur des mines. De graves dégâts peuvent résulter de la concurrence de plusieurs maîtres de forges, il doit donc en bon administrateur prescrire un mode d'exploitation, l'ordre qui doit être suivi et les proportions dans lesquelles chacun des maîtres de forges pourra exploiter.

La loi de 1810 en donnant au préfet le droit de prononcer en pareille matière ne lui attribue en aucune façon la qualité de juge.

D'ailleurs, s'il y a litige, quand naît-il vraiment ? Il ne peut naître que lorsque le préfet a fait connaître sa décision. Mais alors, c'est devant le Conseil d'Etat que doit être porté le différend ; lui seul fait acte de juge.

En prononçant : sur les déchéances encourues par les adjudicataires des biens de l'Etat à défaut de paiement ; sur la suspension des travaux de mines, lorsque des puits ont été ouverts contrairement aux lois ; sur l'interdiction des moulins situés à la frontière lorsqu'il est justifié qu'ils servent à la contrebande des grains et farines, le préfet, à notre avis, ne fait encore pas acte de juge. C'est en tant qu'administrateur qu'il agit ; les décisions qu'il prend sont purement administratives et non pas juridictionnelles.

N'est-ce pas en tant que gérant des biens et des intérêts de l'Etat qu'il doit prononcer ces déchéances, suspendre ces travaux ou interdire ces moyens de contrebande. Dans la première de ces hypothèses que nous avons réunies à cause de leur analogie, la décision du préfet n'a-t-elle pas besoin pour être définitive d'être approuvée par le ministre des finances ? Est-ce là le

propre d'un jugement? Non, assurément, car s'il en était autrement on pourrait vainement chercher un administrateur dans la hiérarchie administrative, il n'y aurait plus que des juges.

C'est encore à la même solution que l'on est conduit en face des décisions préfectorales intervenant au sujet de demandes en autorisation d'établissements insalubres. Il n'y a pas eu de litige, il ne peut donc pas être question de jugement.

La question devient, à notre avis beaucoup plus complexe et plus délicate lorsqu'il s'agit de caractériser le rôle du préfet statuant sur les recours formés contre les actes de l'autorité municipale qui peuvent léser les droits des citoyens.

Ici, nous ne pouvons plus prétendre qu'il n'existe pas de litige. Il y en a un. Un acte administratif, l'arrêté d'un maire, lèse des citoyens dans leurs droits, et ceux-ci portent leurs réclamations devant le préfet. Ce dernier en rendant une décision fera donc acte de juge. Il semble impossible de ne pas reconnaître aux préfets, en pareille hypothèse, une attribution juridictionnelle. Cependant, un peu de réflexion éloigne bien vite de cette solution. Si le préfet agit ici comme juge il faut qu'un texte de loi lui en donne le droit, puisqu'il n'est point juge de droit commun en matière administrative; or, il n'en est pas ainsi. Le préfet n'agit donc point ici comme juge, mais comme supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte. Il peut en cette qualité annuler et même dans certains cas réformer les actes des administrateurs inférieurs à lui. Il peut le faire d'office et il suffit d'avoir prononcé ce mot pour carac-

tériser la nature de sa décision. Elle est et ne peut être que purement administrative.

Les maires, les sous-préfets, les préfets sont donc des administrateurs actifs auxquels on ne peut plus attribuer la qualité de juges administratifs. Comme administrateurs actifs, ils possèdent le droit de décision sans lequel ils ne seraient rien et n'auraient plus le moyen ni de manifester leur autorité, ni de remplir leur fonction, ils n'ont pas celui de juridiction qui, depuis la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, leur a été enlevé pour être déposé au sein d'un corps créé pour l'exercer : le Conseil de préfecture.

CHAPITRE V

PROGRÈS A RÉALISER

I

Nous avons successivement refusé à tous les administrateurs actifs la qualité de juges, appuyant notre dire sur la jurisprudence du Conseil d'Etat et aussi sur l'opinion des principaux auteurs qui font autorité en tout ce qui touche au droit administratif, mais les conclusions auxquelles nous aurions droit de nous arrêter ne seraient cependant pas la reconnaissance de l'application absolue du principe qui fait l'objet de cette étude.

Nous ne sommes pas encore arrivés au terme de l'évolution dont nous avons retracé les principales phases : il nous reste à rechercher les imperfections de l'organisation actuelle de la juridiction administrative à l'égard du principe de la séparation des fonctions d'administrateur et de juge.

Qu'il s'agisse du Conseil d'Etat ou des Conseils de préfecture ou encore de tous les Tribunaux spéciaux d'ordre administratif, tous ces corps investis de pou-

voirs juridictionnels participent, dans une certaine mesure, à l'administration active. Les décrets du Chef de l'Etat sont le plus souvent préparés par le Conseil d'Etat. Ici, cependant, l'organisation complexe de ce corps évite toute confusion d'attributions. Il est permis, en effet, de voir dans le Conseil d'Etat deux corps complètement différents. L'un, investi d'attributions administratives, prépare les décrets et fait, en somme, œuvre d'administrateur ; l'autre, composé de membres étrangers au premier, investi d'attributions juridictionnelles, constitue un véritable Tribunal administratif, indépendant, ne s'immisçant en aucune façon dans les affaires de l'administration active.

Nous pouvons donc ne pas attribuer au Conseil d'Etat les observations que nous apportons ici. Il en est de même, et de façon plus absolue, de la Cour des Comptes qui, de tous les corps administratifs exerçant la juridiction administrative, est bien celui qui possède le plus d'indépendance. C'est un Tribunal, dans toute l'acception du mot, ses membres n'ont aucune attribution administrative. Ils n'ont pas à délibérer pour donner leur avis sur des actes de l'administration en préparation. Ils ne sont institués que pour juger et n'ont pas d'autre rôle. Ils sont, de plus, inamovibles, ce qui augmente encore leur indépendance en même temps que la sécurité de ceux qui leur soumettent leurs réclamations.

Pourquoi ne nous est-il pas permis de constater chez tous les autres Tribunaux administratifs la même organisation ? Pourquoi la Cour des Comptes, seule, réalise-t-elle la séparation absolue des fonctions ? Nous en

avons donné l'explication dans le cours de cette étude et nous ne pouvons ici nous souvenir de son organisation sans déplorer que celle de tous les autres corps institués dans le même but, ne lui soit point semblable.

Déjà dans l'organisation des Conseils de préfecture nous ne retrouvons plus cette séparation des fonctions. Le préfet, administrateur actif, préside ce Tribunal et, de plus, les Conseils sont appelés à donner leur avis au préfet sur des questions qui peuvent, plus tard, donner naissance à des différends sur lesquels ils auront à statuer.

Dans l'organisation des Conseils du contentieux des colonies nous retrouvons, à ce point de vue, les mêmes imperfections. Quant aux autres Tribunaux administratifs, tels que le Conseil supérieur de l'Instruction publique, les Conseils académiques, nous savons que leur organisation ne laisse aucune place au principe de la séparation des fonctions, nous avons même cité à ce sujet, un passage de la thèse de M. Compayré, dans lequel il déplore l'existence d'une semblable confusion.

Sans doute cette organisation a des avantages. Les magistrats qui sont les conseillers ordinaires de l'administration active ne peuvent, par cela même, qu'augmenter leurs connaissances et, par ce fait, leur compétence et offrir ainsi des garanties sérieuses de bonne justice.

D'autre part, comme le dit M. Haurion (1), « autre chose est avoir donné son avis pour une décision à

(1) *Op. cit.*, p. 854.

prendre, autre chose, est avoir pris la décision soi-même ; le conseiller ne peut jamais avoir le même amour-propre d'auteur que l'administrateur. »

Enfin, pour les Conseils de préfecture tout au moins les décisions peuvent être portées devant le Conseil d'Etat et les parties sont donc certaines d'avoir un juge de second degré absolument indépendant.

Voilà bien des raisons pour lesquelles les dangers de cette confusion partielle de l'administration active avec la juridiction administrative est moins grave qu'on ne pourrait le supposer au premier abord.

Quoi qu'il en soit, l'organisation actuelle de la juridiction administrative n'est pas exempte d'imperfections à l'égard du principe de la séparation des fonctions d'administrateur et de juge. Et si l'on met à part les Tribunaux de l'instruction publique qui forment une catégorie toute spéciale dans la juridiction administrative puisque « les principes qui les régissent n'ont que peu de rapports avec les principes du droit administratif général (1), » c'est l'organisation des Conseils de préfecture qui peut faire l'objet des plus sérieuses critiques.

Ce n'est pas la présence d'un administrateur actif, le secrétaire général au siège du Ministère public, remplissant les fonctions de commissaire du Gouvernement que nous critiquerons, car le Ministère public ne juge pas, mais il est, à nos yeux regrettable que les conseillers de préfecture empêchés puissent être remplacés

(1) Compayré, Thèse, Lyon, 1899, p. 262.

par des conseillers généraux. On ne peut voir, en effet, qu'avec regret, des fonctions juridictionnelles exercées par des hommes politiques, mêlés aux luttes des partis et à l'administration active.

Il est permis de croire que ces imperfections ne subsisteront pas longtemps. Déjà elles ont disparu dans l'organisation spéciale au Conseil de préfecture de la Seine. De plus, deux projets de loi déposés, l'un par M. Fallières en 1887, le 25 juin, l'autre, dû également à l'initiative gouvernementale, en date du 27 octobre 1896, réorganisant d'une façon complète les Conseils de préfecture, faisaient disparaître tous les inconvénients qui émanent de l'organisation actuelle.

C'est sur le projet déposé en 1887 par M. Fallières (1) que délibérait le Conseil d'Etat dans la séance qu'il tint le 23 mars 1889. Le 27 juin 1889, ce projet sur l'organisation des Conseils de préfecture fut adopté par la Haute Assemblée, et au mois de mai 1891, il en fut question au Parlement. La Commission du budget vota la suppression des Conseils de préfecture et ne revint sur son vote qu'après les observations de M. Constans, alors ministre de l'intérieur, qui, reprenant les articles principaux du projet déposé, montra l'utilité des réformes qu'ils établissaient.

Ce projet enlevait au préfet la présidence du Conseil pour la donner à un président spécial.

Il imposait certaines conditions d'âge et de capacité pour être nommé conseiller de préfecture.

(1) Ce projet a été étudié par M. Ducrocq, dans son *Traité de droit administratif*, p. 220 et suiv.

Il divise les Conseils en trois classes avec des traitements gradués suivant les classes pour les présidents et conseillers.

Ces réformes auraient donné plus de prestige à la juridiction des Conseils de préfecture et auraient assuré un recrutement plus sérieux des conseillers, en faisant de cette fonction une véritable carrière digne de retenir des hommes capables et expérimentés.

Il est nécessaire aujourd'hui d'affranchir ces Tribunaux du joug gouvernemental sous lequel ils sont placés. Il leur faut plus d'indépendance, et les projets de loi dont nous venons de parler, ne tarderont pas à éclore. La loi de 1889 sur la procédure, ne peut attendre longtemps le complément qui lui est nécessaire et qui ne peut être qu'une loi organique sur les Conseils de préfecture.

II

Ces progrès à réaliser dans l'organisation même des Tribunaux administratifs, ne sont pas les seuls à signaler et nos prétentions vont plus loin. Il reste encore une assez grave exception au principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative, dans le fait de la persistance, dans nos lois de quelques cas de justice retenue. Le Conseil d'Etat, dans certaines hypothèses, n'a en effet pas le droit de rendre lui-même un arrêt, il ne peut que préparer un décret au contentieux qui doit être soumis à la signature du Chef de l'Etat.

Certes, beaucoup d'auteurs se refusent à voir dans

ces quelques hypothèses des exemples de justice retenus et déclarent que dans ces cas le Conseil d'Etat agit comme administrateur et non comme juge. Cette opinion ne peut cependant s'expliquer que par l'habitude que nous avons aujourd'hui de voir la justice être déléguée; on croit qu'il n'est plus possible sous un régime comme le nôtre, qu'il reste encore des vestiges d'une des institutions les plus combattues de l'ancienne monarchie.

Il faut se souvenir cependant que la justice administrative a commencé par être retenue et, comme nous l'avons vu, en suivant pas à pas l'évolution du principe de la séparation des fonctions, ce n'est que très tard qu'elle a été déléguée. Il ne faut donc pas trouver extraordinaire que l'on rencontre encore des vestiges de son ancienne organisation, des restes, en somme, de son passé.

L'exemple le plus net qui puisse être cité de justice retenue est relatif au recours pour abus.

Le recours pour abus n'est autre chose que le recours au souverain en matière ecclésiastique, c'est du moins la définition qu'en donnait Portalis dans son rapport sur les articles organiques du Concordat. Ce recours tend à l'annulation des actes de l'autorité, soit civile, soit religieuse, portant atteinte aux principes du droit public ecclésiastique. La décision abusive peut donc émaner soit d'une autorité ecclésiastique, soit d'une autorité administrative.

Le cas le plus fréquent où le recours pour abus peut s'exercer, c'est lorsqu'un ministre du culte censure en chaire les actes du Gouvernement; c'est aussi le cas où

un Conseil municipal interdit par arrêté les cérémonies extérieures du culte, pour des motifs qui ne sont prévus par aucune disposition législative. Il s'agit là non pas simplement d'intérêts lésés par un acte administratif, mais de véritables violations du droit. Il en résulte par conséquent un litige. Tous les éléments d'un débat contentieux sont donc réunis. Si l'on suivait en ce cas la procédure généralement admise, c'est la section du contentieux du Conseil d'Etat qui devrait être saisie. Il n'en est rien. Exceptionnellement, le débat est porté devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat, qui ne peut être considérée comme une formation contentieuse et à qui personne n'a jamais donné un rôle en tant que juridiction.

D'ailleurs, l'assemblée générale du Conseil d'Etat en cette hypothèse ne juge pas, elle ne rend pas un arrêt, mais ne fait que préparer une décision sous forme de décret au contentieux, soumis à la signature du Chef de l'Etat.

Ce qui vient prouver que nous sommes bien ici en présence d'une matière contentieuse, c'est d'abord qu'aucun recours contentieux n'est admis contre le décret préparé par l'assemblée générale du Conseil d'Etat et ensuite qu'il est impossible à un particulier de frapper d'un recours pour excès de pouvoir l'acte d'une autorité civile qu'il a le droit d'attaquer pour abus.

Aucun recours contentieux n'est admis contre le décret préparé par l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

Cet argument nous permet de mettre en doute le caractère simplement politique et gouvernemental de

la décision par laquelle le Chef de l'Etat, statuant en son Conseil, prononce dans les cas d'abus, car s'il en était ainsi l'autorité dont elle émane étant une autorité administrative, ses décisions devraient pouvoir être soumises de par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 à la juridiction du Conseil d'Etat. Du moment où aucun recours n'est admis, c'est donc bien que nous nous trouvons ici en présence d'une décision juridictionnelle.

Il est impossible, d'autre part, à un particulier de frapper d'un recours pour excès de pouvoir l'acte d'une autorité civile qu'il a le droit d'attaquer pour abus. C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, comme le fait remarquer M. J. Appleton (1), applique ici la théorie du recours parallèle qui n'est admise par lui, que lorsque le plaideur possède un moyen d'ordre juridictionnel autre que le recours pour excès de pouvoir, de se faire rendre justice.

Il s'agit donc bien ici d'un véritable recours contentieux, mais pour lequel la justice est encore retenue.

Sans doute le fait que le ministère d'un avocat n'est jamais requis et que, d'autre part, le recours pour abus n'est soumis à aucun délai, peut rendre confus le caractère de la décision à intervenir, qui est prise non sous forme d'arrêt mais sous forme de décret en Conseil d'Etat; cependant les observations que nous avons faites démontrent à notre avis suffisamment qu'il s'agit bien là d'un cas de justice retenue, que d'ailleurs nous constatons à regret.

(1) J. Appleton, *Op. cit.*, p. 25.

Ce n'est point le seul exemple de justice retenue que nous puissions citer ; un second est relatif à la matière des prises maritimes. Nous savons que la capture opérée en mer par une puissance belligérante, de navires appartenant aux sujets de l'Etat ennemi ou même aux neutres lorsque ces navires par exemple comprennent dans leur cargaison de la contrebande de guerre, est chose permise par le droit des gens actuel. Nous savons, d'autre part, que ces captures pour être définitives doivent être validées par un corps administratif spécial que l'on nomme le Conseil des Prises, et cela pour prévenir les abus qui pourraient se produire (arr. du 6 germinal an VIII). Les décisions de ce Conseil dont nous n'analyserons pas ici la nature mais qui peuvent en tous cas ne pas avoir un caractère contentieux puisqu'elles peuvent être rendues sans qu'il y ait eu de contestation, sans qu'il existe un véritable litige par conséquent, ces décisions, disons-nous, peuvent être attaquées devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat soit par le Gouvernement soit par l'une quelconque des parties en cause. Il y a bien alors un véritable litige qui naît précisément de l'attaque que l'on dirige contre les décisions en question ; il devrait par conséquent en résulter un débat contentieux dont la connaissance devrait être attribuée à la section du contentieux ou à l'assemblée spécialement formée du Conseil d'Etat statuant au contentieux. Le débat est au contraire porté devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat bien que la question à juger suppose de la part des parties en cause la revendication de véritables droits, bien qu'aussi le ministère d'un avocat soit ici obligatoire.

Une fois saisie, l'assemblée générale du Conseil d'Etat n'a pas plus qu'au sujet du recours pour abus un pouvoir propre de décision. Elle se borne comme dans le cas précédent à préparer un décret qui doit être présenté à la signature du Chef de l'Etat (1).

On ne peut que difficilement s'expliquer, en cette matière, cette procédure spéciale. Est-ce parce que les questions dont il s'agit ici appartiennent au droit international que l'on a réservé au Chef de l'Etat le droit de statuer en dernier ressort ? Peut-être. Quoiqu'il en soit, il nous semble désirable de voir disparaître un pareil état de choses qui n'a plus aujourd'hui aucune sérieuse raison d'être.

L'article 40 du décret du 22 juillet 1806 organise un recours qui d'ailleurs existe encore aujourd'hui et qui semble à nos yeux constituer un troisième cas de justice retenue. Cet article 40 nous dit que « lorsque une partie se croira lésée dans ses droits ou dans sa propriété par l'effet d'une décision de notre Conseil d'Etat, rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête, pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'Etat, soit à une commission. » C'est donc ici encore, le Chef de l'Etat qui statue après, comme le dit le texte, avoir pris l'avis, soit d'une section du Conseil d'Etat, soit d'une commission prise dans le sein de cette assemblée.

Cet article 40 a fait l'objet de nombreuses discus-

(1) Laferrière, *Op. cit.*, t. II, p. 80. Décret du 9 mai 1859, art. 6 et 7.

sions, et le Conseil d'Etat, lui-même, fut consulté sur le point de savoir s'il devait être considéré comme étant encore en vigueur. La réponse du Conseil d'Etat fut affirmative (4 juin 1878) et c'est sur son interprétation que M. Laferrière (1) se base pour faire figurer le recours de l'article 40 parmi les recours, par la voie administrative dont le Conseil d'Etat ne connaît que comme corps consultatif, et qui doivent être soigneusement distingués, dit-il, des recours en annulation par la voie contentieuse.

Cependant, malgré l'autorité de celui dont nous venons de rapporter l'opinion, qu'il nous soit permis de faire remarquer que l'article 40 est situé dans un paragraphe où il est question de la tierce opposition. Or, s'il existe des voies de recours essentiellement contentieuses, il nous semble qu'au premier rang figure la tierce opposition; d'autre part il nous paraît difficile, en examinant le texte même de cet article 40, de ne pas conclure, étant donné que le recours n'est ouvert que contre des décisions qui portent atteinte aux droits ou à la propriété des parties, au caractère juridictionnel de la décision à intervenir. C'est d'un véritable litige qu'il s'agit, et non d'un recours gracieux puisqu'on y revendique des droits (2).

Ce recours cependant ne peut être confondu avec le recours pour excès de pouvoir, il est en effet plus large que ce dernier, puisqu'il peut aboutir à la réformation d'un acte et non pas seulement à son annulation.

(1) Laferrière, *Op. cit.*, livre VI, p. 415.

(2) Haurion, *Op. cit.*, p. 860.

Enfin, et ce sont là encore des exemples de justice retenue, il est statué par décret en Conseil d'Etat.

Sur les recours formés par les préfets, et tendant à l'annulation des délibérations des Conseils généraux lorsqu'elles sont entachées d'excès de pouvoir (Loi du 10 août 1871, art. 33 et 47).

Sur des recours formés par les particuliers intéressés contre les arrêtés préfectoraux, créant une association syndicale, autorisée en dehors des cas prévus par la loi (loi du 21 juin 1865, art. 13.) Cet article dit en effet, que « les propriétaires intéressés et les tiers peuvent déférer cet arrêté au ministre des Travaux publics dans le délai d'un mois à partir de l'affiche. Le recours est déposé à la Préfecture et transmis, avec le dossier, au ministre dans le délai de quinze jours. Il est statué par un décret rendu en Conseil d'Etat (1).

Parmi ces recours dits administratifs, mais qui, comme nous venons de le voir, ayant véritablement un caractère contentieux, et sur lesquels il est statué par décret du Chef de l'Etat, constituent, à n'en pas douter, des cas de justice retenue, M. Haurion mentionne les recours relatifs au privilège de la Banque de France (2) D'autre part, M. Béquet, dans une récente étude sur le contentieux administratif, attribuant également à ces recours un caractère contentieux (3), assertion contre laquelle nous ne nous élevons pas, voit là également un cas de justice retenue.

(1) Haurion, *Op. cit.* p. 859, 3^e édit.

(2) Haurion, *Op. cit.*, 3^e édit. p. 856.

(3) Répertoire de Béquet, V^o Contentieux, n^o 543.

Sans doute, jusqu'en 1872, c'est par décret du Chef de l'Etat, rendu en Conseil d'Etat qu'il a été statué sur ces recours comme sur tous autres. L'article 21 de la loi du 22 avril 1806, porte en effet, que le « Conseil d'Etat connaîtra, sur le rapport du ministre des Finances, des infractions aux lois et règlements qui régissent la Banque et des contestations relatives à sa police et à son administration intérieure. » Le Conseil d'Etat étant resté jusqu'en 1872, le Conseil du Chef de l'Etat, le système des décrets au contentieux ayant toujours été en vigueur sauf sous la seconde République, si cette disposition avait reçu une application jusqu'à cette date assurément on aurait pu y voir un cas de justice retenue.

Depuis la loi du 24 mai 1872, il nous semble qu'il ne peut plus en être ainsi, rien n'autorise à prétendre que les décisions du Conseil d'Etat rendues en vertu de ce texte aient besoin d'être sanctionnées par un décret du Chef de l'Etat.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat statuant au contentieux s'est déclaré compétent pour connaître en premier et dernier ressort des recours relatifs à la Banque de France.

Dans l'espèce sur laquelle il a eu à statuer, il s'agissait de contestations, entre la Banque de France et ses employés sur l'application des règlements relatifs aux pensions (1).

Il nous paraît donc certain que le Conseil d'Etat, en prononçant sur cette réclamation, s'est reconnu le droit

(1) Conseil d'Etat, 9 février 1883. Aff. Doisy de Villargennes (D. P., 84. 3. 100).

de statuer d'une façon générale sur les recours relatifs à des contestations où la Banque de France est en cause (1) et que ces derniers ne donnent aucunement naissance aujourd'hui à un cas de justice retenue.

Bien légères sont donc aujourd'hui les traces que la justice retenue a laissées dans notre droit.

Les imperfections que nous avons rencontrées à l'égard du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative sont peu nombreuses, il est vrai, mais encore d'une assez grande importance pour nous empêcher de conclure à l'harmonie parfaite de l'Œuvre.

(1) V. en ce sens Laferrière, *Op. cit.*, p. 319, t. I.

CONCLUSIONS

Nous avons ainsi suivi pas à pas le principe qui fait l'objet de notre thèse dans sa lente évolution à travers les ans. Son histoire était faite pour nous intéresser puisque c'est un peu celle du mouvement des idées. Libérale au sens propre du mot, cette idée de séparation de fonctions, qui semble avoir été conçue au lendemain de celles qui dictèrent les principes de notre grande révolution, nous l'avons vue successivement éclore, grandir, lutter et vaincre enfin.

Nous l'avons vue traverser nos frontières et dicter à l'étranger de sages réformes. Nulle part encore elle n'a été poussée aussi loin que dans notre pays, mais partout cependant nous en avons trouvé la trace jusqu'en Amérique, chez ce peuple si différent du nôtre.

Nous l'avons vue au lendemain de l'époque troublée de notre révolution pénétrer dans l'esprit de notre législation. Notre but a été de suivre la destinée de cette idée, de ce principe de séparation. L'histoire de ce

dernier siècle nous a montré les vicissitudes nombreuses par lesquelles il dut passer avant d'arriver à s'imposer à la raison publique.

Avec la constitution de l'an VIII nous avons vu naître les Tribunaux administratifs, nous avons fait comprendre comment cette institution nouvelle, faible par conséquent, eut besoin pour ne pas disparaître du secours de l'administration active qui jusqu'alors avait exercé les attributions que l'on venait de confier aux Tribunaux administratifs.

Nous avons vu en 1848 ces corps juridictionnels, devenus forts, secouer le joug trop pesant des autorités. grâce auxquelles ils avaient grandi et le législateur d'alors leur donner l'indépendance qui leur était due, leur permettant ainsi de jouer le véritable rôle pour lequel ils avaient été créés.

Toute cette organisation, due avant tout au triomphe des idées libérales, nous l'avons vu disparaître avec la seconde République. Le coup d'Etat du 2 décembre eut sur les juridictions administratives le même retentissement que sur bien d'autres institutions. Replacées sous le joug de l'administration active elles ne purent revivre qu'avec la troisième République. Lorsque la loi 1872 eut rendu au Conseil d'Etat son indépendance et son pouvoir propre de juridiction, nous avons vu enfin cette haute Assemblée, encouragée par la doctrine et l'opinion de la majorité, obéissant aux désirs de chacun et répondant aux besoins sans cesse plus impérieux de justice et d'équité, refuser d'abord aux ministres la qualité de juge de droit commun, puis enfin aux décisions des administrateurs actifs

dans quelque hypothèse que ce soit, tout caractère juridictionnel.

Telle a été l'évolution du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.

Cependant, dans notre dernier chapitre nous avons passé en revue les principales imperfections de notre système et en en souhaitant la disparition, les principaux progrès qui restent encore à réaliser.

Pourquoi laisserait-on subsister, sans aucune raison, des traces de cette vieille institution, qui a donné lieu à tant d'abus et contre laquelle tant d'esprits éminents se sont élevés ? La justice aujourd'hui ne doit plus être retenue, nul ne reconnaît encore ce droit au chef de l'Etat qui, de par nos lois, a, comme attribution, l'exercice du pouvoir exécutif et auquel les idées nouvelles refusent le droit d'être juge en même temps que chef de l'administration.

La justice administrative doit être déléguée et ne peut l'être qu'à des collectivités exemptes de toute autre attribution. Telle serait la réelle mise en pratique du principe dont nous nous sommes occupés.

Bien que notre organisation se rapproche déjà de ce système, elle est encore loin d'y être conforme.

Pour ce qui concerne les juridictions administratives de droit commun, c'est-à-dire le Conseil d'Etat et les Conseils de préfecture, la réalisation complète de l'idée énoncée serait assurée, si les derniers de ces corps étaient l'objet de sérieuses réformes. Si la loi, depuis longtemps attendue donnait à ces Tribunaux l'indépendance complète qui leur manque encore, sur certains

points à l'heure actuelle, nous toucherions au but.

Pourquoi laisser le préfet administrateur actif présider avec voix prépondérante un Tribunal administratif? Pourquoi même charger les secrétaires généraux des fonctions de commissaires du gouvernement et remplir le rôle de Ministère public auprès de ces mêmes corps de justice? Ce sont autant d'anomalies que la loi qui, depuis si longtemps, est en préparation ne peut que faire disparaître.

En ce qui touche les juridictions administratives spéciales nous avons beaucoup plus de réformes à souhaiter que des résultats obtenus à enregistrer, sauf en ce qui concerne la Cour des Comptes; comme nous l'avons vu, il existe dans l'organisation de ces différents corps une confusion absolue de fonctions. Qu'il s'agisse des Conseils universitaires, des Conseils des prises, des Conseils de révision et même des Conseils de guerre, partout ce sont des administrateurs actifs qui sont juges. Il est impossible de trouver dans l'un quelconque de ces corps un seul de ses membres qui ne soit pas en même temps investi d'une autre fonction. Pourquoi ne pas souhaiter voir se produire ici les mêmes réformes que nous désirions tout à l'heure, pour d'autres Tribunaux? Sans doute la tâche est moins aisée et mérite qu'on y apporte plus de réflexion, mais nous ne pouvons croire qu'on rencontre dans cette œuvre de réorganisation des obstacles assez grands pour qu'elle ne puisse pas être tentée, certain des avantages incontestables auxquels on aboutirait ainsi.

Il nous semble, malgré notre peu d'expérience, que de semblables réformes assureraient aux Tribunaux

administratifs le crédit dont ils doivent jouir auprès de l'opinion publique. De cette façon la justice ainsi rendue serait et paraîtrait juste. « Il ne suffit pas en effet, dit le grand philosophe utilitaire Bentham, qu'une justice soit juste, mais il faut encore qu'elle paraisse juste. »

La justice administrative aujourd'hui paraît-elle juste aux yeux de tous ?

Nous sommes obligé de reconnaître, qu'aux yeux de beaucoup la justice administrative n'a pas encore ce caractère. Peut-être cette opinion a-t-elle pour cause l'ancienne compréhension de cette justice qui fut tout d'abord retenue ? Sans doute, le souvenir de l'arbitraire ancien a laissé quelques traces dans les esprits, mais ce n'est point là, à notre avis, la cause primordiale du mauvais renom de la justice administrative.

On voit dans les juges administratifs des fonctionnaires obéissant servilement aux ordres du pouvoir central, puisque leur existence dépend de lui. La cause directe, c'est donc la révocabilité possible des juges administratifs.

Il nous semble nécessaire, pour ne pas être trop incomplet, de donner notre avis sur cette question et de comprendre dans nos conclusions l'énonciation d'un remède à un pareil état de choses.

Nous ne pouvons passer en revue ni critiquer ici toutes les solutions qui ont été apportées à ce difficile problème.

On a proposé la suppression des Tribunaux administratifs et la remise du contentieux qui leur est attribué aux Tribunaux judiciaires.

D'autres ont voulu créer au sein des Tribunaux une

chambre spécialement chargée des affaires administratives composée de magistrats inamovibles et dont les décisions seraient portées en appel devant une Cour suprême administrative.

D'autres, à l'exemple de ce qui se passe en Belgique ont proposé de confier le contentieux administratif aux Assemblées départementales.

Tous ces projets tendent à la suppression des Tribunaux administratifs, ou tout au moins des Conseils de préfecture. Ne serait-ce que pour cette raison nous ne pouvons donner à aucun d'eux notre acquiescement.

M. Charrier, dans ses conclusions, donne une solution que nous accepterions plus facilement, il propose l'élection des conseillers de préfecture, disant (1) que de semblables fonctions doivent être confiées à des hommes d'âge, muris par la pratique des affaires, connaissant le département et « s'étant acquis grâce à leur influence personnelle une situation locale qui les désignerait aux suffrages de leurs concitoyens ». Ce système entraîne avec lui une décentralisation qui, peut-être, il faut le reconnaître, aurait de réels avantages. Avec un pareil système, la justice paraîtrait juste en ce sens que ceux qui la rendraient seraient connus et estimés de tous. Ce serait établir pour les Conseils de préfecture le même recrutement que pour les Tribunaux de commerce. Nous sommes en principe opposé à l'élection des juges qui peut amener les abus les plus graves, étant données les fâcheuses habitudes contractées par beaucoup en

(1) Charrier, Thèse, Paris, 1893.

matière électorale. Non, malgré le bon côté de ce système, qui par exemple, a pour conséquence d'enlever au pouvoir central le droit absolu de révocation des conseillers de préfecture pour le confier au Conseil d'Etat, nous ne pouvons y accéder.

Demander aux conseillers de préfecture, aux juges administratifs en général une capacité plus grande ; rendre l'accès de cette carrière moins aisé qu'il ne l'est aujourd'hui, serait, à notre avis, la première condition pour arriver à donner plus d'autorité aux décisions de ces juges spéciaux.

La seconde, toute aussi importante à notre avis et d'un caractère tout autre, c'est de rendre les membres des Tribunaux administratifs inamovibles ; le pouvoir central conserverait le droit de nomination, mais, dépossédé du droit de révocation, il me paraîtrait plus tenir dans ses mains les juges administratifs, et ces derniers perdraient ainsi le caractère qu'ils ont hélas ! aujourd'hui de fonctionnaires nécessairement dévoués au Gouvernement. On réserverait au Conseil d'Etat, constitué en Conseil supérieur de la juridiction administrative à l'égard des Tribunaux de cet ordre, le rôle que remplit déjà la Cour de cassation à l'égard des Tribunaux judiciaires.

Telles sont les réformes qui nous semblent nécessaires pour faire des juridictions administratives, des corps indépendants de l'administration active, capables de rendre une justice éclairée, sage et juste. Comme nous l'avons vu, il ne reste que peu de choses à faire en France pour atteindre ce but, il nous est donc permis de croire que nous touchons au terme de cette longue

évolution et que nos législateurs, dans un moment de calme désirable, établiront les réformes qui nous conduiront à la réalisation complète du principe de la séparation des fonctions d'administrateur actif et de juge administratif.

Vu :

Lyon, le 13 janvier 1900.

Le Président de la Thèse,

JEAN APPLETON.

Vu :

Lyon, le 18 janvier 1900.

Le Doyen de la Faculté,

E. CAILLÉMER.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 20 janvier 1900.

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

GABRIEL COMPAYRÉ.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

AUTEURS ÉTRANGERS

- ALCUBILLA *Dictionnaire d'Administration espagnole.*
- DON Manuel CALMEIRO. *Cerecho administrativo espanol, 1865, t. II. p. 338.*
- DUBARLE. *Code d'organisation judiciaire allemand.*
- FERGUSON. *Essai on the History of civil Society.*
- DE FOOTZ. *Droit administratif belge.*
- F. GOODNOW. *The executive and the Courts political science, Quaterly, 1886.*
- VON RÖNNE. *Das Staatsreecht der preussischen Monarchie, 4^e édit., Berlin, 1883, t. III, p. 485.*
- STENGEL. *Die Organisation der preussischen Verwaltung, Leipzig, 1884, p. 556.*
-

AUTEURS FRANÇAIS

- J. APPLETON..... De la séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative.
- AUCOC.
- BLOCK *Dictionnaire de l'Administration : V^{is} Administration; Juridictions administratives.*
- BECQUET..... *Répertoire : V^{is} Commune; Contentieux administratif; Département.*
- CHARRIER..... *Théorie générale de la juridiction administrative, Thèse de Paris, 1893.*
- G. COMPAYRÉ..... *Des juridictions universitaires, Thèse de Lyon, 1899, p. 259.*
- CORMENIN..... *Droit administratif, 5^e édit., t. I, p. 178.*
- DARESTE..... *La Justice administrative, 2^e édit.*
- DUCROCQ..... *Cours de Droit administratif, 7^e édit.*
- HAURION..... *Précis de Droit administratif, 3^e édit.*
- JACQUELIN..... *Principes dominants du contentieux administratif, p. 217.*
- LA FERRIÈRE..... *Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux, 2^e édit.*
- MACAREL..... *Des Tribunaux administratifs, pages 128 et suivantes.*
- SIMONET..... *Traité de Droit administratif, p. 193.*
- SERRIGNY..... *Traité de l'organisation et de la compétence administrative, 2^e édition. n^{os} 1,289 et suivants.*
-

PÉRIODIQUES

Annuaire de la Société de législation comparée, 5^e année, p. 276.

Annuaire de Législation étrangère, années 1877, 1879, 1882, 1883.

Revue général d'Administration, 1882, p. 317.

Revue pratique de Droit français, 1863, p. 354.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5

Chapitre Premier

Le Principe de la Séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative dans la Législation étrangère.

NOTIONS GÉNÉRALES	21
PREMIER GROUPE. — I. Espagne	25
II. Portugal.....	32
III. Italie.....	33
IV. Allemagne.....	38
1° Législation fédérale	38
2° Prusse.....	41
3° Bavière	46
4° Wurtemberg.....	46
5° Grand-duché de Bade	47
6° Saxe	47
7° Alsace-Lorraine.....	47
RÉSUMÉ	48
V. Autriche-Hongrie.....	49
1° Autriche.....	49
2° Hongrie.....	51
VI. Suisse.....	51

SECOND GROUPE. — I. Belgique.....	53
II. Suède et Norvège.....	57
TROISIÈME GROUPE. — I. Angleterre.....	58
II. Etats-Unis de l'Amérique du Nord.....	61
CONCLUSIONS.....	64

Chapitre II

Le Principe de la Séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative dans la Législation française.

SECTION I. — Origine du Principe.....	65
SECTION II. — Evolution due à la Législation française de l'an VIII à 1848.....	69
SECTION III. — Evolution due à la Législation de la seconde République.....	82
SECTION IV. — Evolution due à la Législation du second Empire.....	88
SECTION V. — Evolution due à la Législation de la troisième République.....	93

Chapitre III

Le Principe de la Séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative et la Jurisprudence du Conseil d'Etat.

SECTION I. — Les ministres ne sont point les juges de droit commun en matière administrative.....	102
SECTION II. — Les ministres ne peuvent plus être considérés comme des juges administratifs.....	112

Chapitre IV

Attributions contentieuses des Administrateurs actifs inférieurs.

SECTION I. — Attributions contentieuses des maires.....	127
---	-----

SECTION II. — Attributions contentieuses des sous-préfets . . .	132
SECTION III. — Attributions contentieuses des préfets	135

Chapitre V

PROGRÈS A RÉALISER	143
CONCLUSIONS	159
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	167

